مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

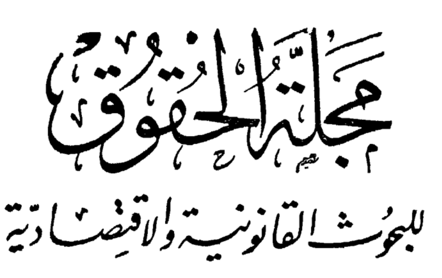
تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



السنة السادسة عشرة (١٩٧٤)

العدد الأول



تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

السنة السادسة عشرة (١٩٧٤)

العدد الأول

مطبعه جامعه الاسكندريه

١٩٧٤

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديم

استهدفت مجلة الحقوق منذ إنشائها نشر الثقافة القانونية والاقتصادية وتشجيع البحث الجاد والدراسة المتعمقة ، فأمدت فقه القانون بذخيرة ضخمة من البحوث الدقيقة والمقالات القيمة ، كان لها أثرها البارز فى توجيه المشرع وإيضاح معالم الطريق أمام القضاء .

ويضم هذا العدد ، شأن الأعداد السابقة ، مجموعة من البحوث والمقالات فى موضوعات شتى فى مجال القانون والاقتصاد تتصل بالنظر والعمل على السواء .

وتأمل المجلة أن تكون قد أدت رسالتها طيلة السنوات الماضية وحققت للمشتغلين بالقانون والاقتصاد كل نفع عميم .

والله ولى التوفيق .

رئيس التحرير

الفهـــرس

بسم اللہ الرحمن الرحیم

الجهل بالأحكام المدنية

دكتور مصطفى الجمال
أستاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

تمهيد :

١ — قد يبدو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من البديهيات التى ترتبط بفكرة القانون ووجوده (١) . ولذلك فعامة الناس ممن لا يعملون فى الحقل القانونى تحس بحدسها أن جهلها بالقانون لا ينهض مبرراً للافلات من أحكامه ، بمثل ما تحس بوجود سنن تضبط أفعالها وتصرفاتها .

غير أن هذه البداهة تكاد أن تكون رهينة بفكرة القانون كمعنى مجرد (٢)، سواء تمثل هذا المعنى فى فكرة العدل أو تمثل فى فكرة الضبط الاجتماعى . فلا نكاد نتجاوز هذا المعنى المجرد للقانون إلى القواعد التى يتألف منها نظام قانونى معين حتى يساورنا الشك فى «مشروعية» اطلاق القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ويتزايد هذا الشك كلما ابتعدنا عن فكرة النظام القانونى فى كليته إلى الأحكام التفصيلية المحققة للعدل بين الناس

---

(١) قارب : استاذنا الدكتور حسن كيره (المدخل إلى القانون ، ١٩٧١ ، بند ١٧٣) ، حيث يرفض تأسيس مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون على فكره القرينة القانونية ، ويرتفع به إلى فكره العدل من ناحية وفكره القوه الملزمة الذاتية للقانون من ناحية أخرى .
وقارب أيضاً :

M.G. Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", R.T.D.C., 1907, p. 515.

(٢)

R. Guillen, Nul n'est censé ignorer la loi, Melanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, T. 1, p. 257 et 260.

أو الضابطة لعلاقاتهم الاجتماعية المختلفة . ففى الوقت الذى نتقبل فيه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كضامن garant لقيام النظام القانونى بتحقيق وظيفته الاجتماعية ، نتساءل عن عدالة وضرورة التسوية بشأنه بين المخاطبين بأحكامه — من يعلمها منهم أو يستطيع أن يعلمها ومن لايعلم ذلك ولايستطيعه — كما نتساءل عن امكان اعطاء ذات المعاملة لجميع أحكام القانون على اختلاف مصادرها — ما هو قطعى الثبوت منها وما ثبوته ظنى ، ما كان منها ممكناً العلم به وما كان العلم به مستحيلا — على نحو جعل الفقه المعاصر يتحدث عن أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (١) .

والواقع أن هذا التناقض فى موقفنا من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ما هو الا نتيجة لاختلاف مستوى نظرنا إلى الظاهرة القانونية . فحيثما نظرنا إلى هذه الظاهرة نظرة شكلية مجردة بدت لنا كبناء واحدمتناسق ، وحيثما نظرنا اليها نظرة تحليلية — بقصد الامساك بما يجمع مفرداتها من علاقات جدلية — بدت مستعصية على الوحدة والتناسق (٢) . وكلما تعددت «المفردات» التى تتألف هذه الظاهرة من مجموع علاقاتها كلما بدت أبعد عن التوحيد والتناسق (٣) . مثلها فى ذلك مثل كل تصور نظرى عندما نحاول سبر أغواره الواقعية (٤) .

---

(١) F.Terré, Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", Etudes de drit contemporain, 1966, p. 91 et s.

(٢) فى طبيعة الوحدة الناشئة عن التركيب الجدلى بصفة عامة ، أنظر :

Hossam M. ISSA, Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte, Paris, 1970, p. 17.

(٣) فى هذا المعنى :

H. Buch, Conceptions dialictiques des antinomies juridiques, in "Les antinomies en Droit", Etudes publiées par Ch.Perelman, Bruxelles, 1865, p. 386 et s.

(٤) فى هذا المعنى :

Radbruch, Rechtsphiolsophie (1932), § 9, Antinomien der Reditsidee, p. 70, (Cité par H. Buch, ibid).

ولعل هذه الحقيقة تفسر منشأ أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى الفكر القانونى المعاصر . فالقانون يشهد فى الوقت الحاضر — بجانب محاولات ضبط وتحديد قواعده التقليدية — امتداداً مستمراً وكاسحاً نحو مجالات جديدة كانت بالأمس القريب بعيدة عن متناوله . والمشرع الحديث لم تعد تفلت من قبضته مشكلة من المشاكل مهما كانت صغيرة أو كبيرة(١). وقد كان لذلك أثراً واضحاً فى اتجاه القواعد والنظم القانونية نحو التفكك والاستقطاب حول محاور جديدة، مع ما يصاحب ذلك من تنافر وتجاذب وانفصال وتشابك ، على نحو تعقدت معه العلاقة الجدلية بين «مفردات» الظاهرة القانونية المختلفة فى اطار النظام القانونى العام لمجتمع معين وفى علاقة هذا النظام بالأنظمة التى تعلوه أو توازيه أو تتبعه (٢) . ومن هنا كانت حدة التناقض بين بديهية مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون وبين فداحة «المسئولية» التى يلقى بها على كاهل المخاطبين بالقانون . ولذلك كان من الطبيعى أن يلمس الفكر القانونى ويكشف العمل حلولا جديدة لا نزاع فى شرعيتها رغم تنافرها مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى انعكاساته المختلفة على البنيان القانونى ، على نحو أثار حيرة النظرية القانونية بشأن تطويع المبدأ أو الحلول المذكورة أحدهما للآخر .

٢ — وإذا كان هذا هو منشأ أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى الفكر والتطبيق القانونى المعاصر ، فان هذه الأزمة تبدو لذلك كأحد مظاهر الأزمة الشاملة التى تعانيها النظرية القانونية التقليدية فى مواجهة الواقع القانونى المتغير . فقد درجت هذه النظرية على تصوير معين للبناء القانونى لا يتجاوز كثيراً المعنى المجرد للقانون ولا يستجيب بالتالى لحقيقته

---

(١) F. Terré, op. cit., p.109.

(٢) فالنظام القانونى الدولى مثلا يعلو الانظمة القانونية العامة للمجتمعات المختلفة ، وهذه الأنظمة ذاتها تعتبر متوازية بالنسبة لبعضها البعض ، وأنظمة النقابات والجمعيات تتبع الأنظمة القانونية العامة للمجتمعات التى تتكون فيها النقابات أو الجمعيات .

راجع فى تعدد النظم القانونية وطبيعة العلاقة التى تجمعها : دى لوجو ، أسباب الاباحة، دروس للدكتوراه على الآلة الناسخة (بالفرنسية) ، (ص١ ومابعدها) .

الوضعية الراهنة بما تتضمنه من شمول لمختلف مظاهر الحياة الاجتماعية والاقتصادية ومن جدلية فى علاقة «مفردات» النظام القانونى غير المتناهية. فالنظام القانونى فى هذه النظرية يتألف من «ثنائى» مرتبط ، بحكم الواقع دون أن يتداخل فيه ، هو قاعدة السلوك والجزاء المترتب عليها . وهذا الثنائى يتولد عن مصادر رسمية محددة وتنتظمه فروع القانون التقليدية ، الخاص منها والعام . ولم يعد يخاف مدى تخلف هذا التصور – فى أجزائه المختلفة – عن ملاحقة التغيرات العميقة فى القانون الوضعى ، ليس فقط ما كان منها نتيجة الثورات الاجتماعية وانما كذلك ما كان مجرد نتيجة طبيعية لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية على أثر الثورة الصناعية (١) .

---

(١) ففى نطاق مصادر القانون صارت هذه النظرية متخلفة عن استيعاب دور القضاء والعادات إن لم يكن العرف ، فضلا عن انتقال مركز الثقل – فى نطاق التشريع ذاته – من القانون إلى اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية ، حتى صارت حركة مراجعة نظرية المصادر أحد معالم الفكر القانونى الحديث (أنظر فى ذلك : دى لوجو : المرجع السابق ، ص ٢ وما بعدها) .
وفى نطاق فروع القانون أصبحت هذه النظرية عاجزة عن استيعاب تفرع القانون الحديث وظهور كثير من الفروع الحديثة كقانون العمل وقانون النقل والقانون الزراعى وقوانين الايجار (أنظر فى هذه الظاهرة بصفة خاصة G. Farjat et Droit économique, Themis, Paris, 1971 ، حتى صارت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص محوراً أساسياً للجدل بين فقهاء الفرعين .
وفى مجال قواعد القانون ظهرت وتكاثرت قواعد قانونية لا تأمر بسلوك معين أو تنهى عنه ، على نحو أدى بجانب من الفقه إلى الاعتراف بأن قاعده السلوك لا تغطى كل « المجال » القانونى ، وأنه يجب الاعتراف بجانبها بنوع آخر من القواعد ذات الصفة التنظيمية (أنظر ما يلى بند ١٥) .
وفى مجال الجزاء أمكن القول بوجود كثير من القواعد القانونية التى لا يسندها جزاء بالمعنى المادى المحدد لفكره الجزاء التقليدية ، كما هو الحال فى قواعد القانون الدستورى وفى قواعد القانون الدولى العام (أنظر فى ذلك بصفة خاصة : أستاذنا الدكتور حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٤ ، ٣٠ ، ٣٢ ، محمد سامى عبد الحميد ، أصول القانون الدولى العام ، المجلد الأول (القاعده الدولية) ١٩٧٢ ، بند ٥) ، على نحو أدى إلى اختلاف النظر إلى القانون بين الفقهاء وعلماء الاجتماع القانونى (أنظر بصفة خاصة :

G. Gurvitch, Problèmes de sociologie du droit, in , Traité de Sociologie, T. II, 1968, p. 173 et S.

Comp., Edmond Jorien, De la sociologie Juridique, 1967, notamment p. 39 — 57).

والكشف عن ارتباط أزمة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بأزمة النظرية العامة للقانون ، على هذا النحو ، من شأنه التنبيه إلى أن مشكلة الجهل بالقانون لا يمكن أن يكتب لها حل يوفق بين اعتبارات «العلم» ، و«العمل» ، بين التناسق اللازم للنظام القانونى وبين التناقض الداخلى فى تكوينه، الا فى ضوء المراجعة الشاملة للنظرية العامة للقانون. فنحن بحاجة ماسة إلى «تصور» للظاهرة القانونية فى جانبها الفنى ، يتجاوز فكرة السلوك والجزاء على مخالفتها ، إلى التمكين من الامساك باختلاف أحكام القانون واختلاف وظائفها والعلاقة الجدلية التى تجمعها ، وصياغة كل ذلك صياغة تستجيب إلى الواقع . ومثل هذا التصور وحدة هو الذى يمكن من توضيح وظيفة مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ونطاقه والانعكاسات المختلفة التى يتركها على الحلول القانونية التفصيلية .

ومن الواضح أن مراجعة النظرية العامة للقانون رهين بمدى تجاوز المنطق الشكلى فى تحليل الظاهرة القانونية من الناحية الفنية ، إلى المنطق الجدلى ، على الرغم من كون هذا التحليل يتناول موضوعاً نظرياً بحتاً من موضوعات الدراسة القانونية . كذلك من الواضح أن هذه المراجعة تتجاوز موضوع بحثنا كما تتجاوز جهد الفرد وربما جهد جيل قانونى برمته . ومع ذلك فلا شك انه من المفيد مجرد توجيه النظر إلى امكانية تجاوز فكرتى القاعدة والجزاء إلى تصورات أخرى أقرب إلى حقيقة البنيان القانونى وتعقيده واختلاف وظائف أحكامه ، وأكثر امساكاً بالواقع فيما يتعلق بحلول مشكلة الجهل بالقانون . ذلك أنه «ليس هناك أكثر تنشيطاً للقانون .. من الشك فى ذاته» (١) .

وعلى هذا النحو فسوف يكون المحور الأول فى مراجعة مشكلة الجهل بالأحكام المدنية هو محور النظرية العامة القانون ذاتها فى ضوء معطيات كل من المنطق الشكلى والمنطق الجدلى .

---

(١) J. Carbonnier, Flexible droit, Paris, 1969, 61.

فاذا ما فرغنا من مواجهة المشكلة على هذا المحور النظرى ، كان علينا أن ننتقل بها إلى محور الحلول العملية عن طريق النظر التفصيلى فيها من جهة مصادر الحقوق ومصادر القانون على ضوء نتائج المواجهة الأولى . ذلك أن التسليم باختلاف أحكام القانون وتباين وظائفها انما يظهر أثره فى اختلاف كل من مصادر الحق ومصادر القانون .

الفصل الأول : الجهل بالأحكام المدنية بين التصور «الشكلى» والتصور «الجدلى» للبنيان القانونى .

الفصل الثانى : الجهل بالأحكام المدنية بين مصادر الحق ومصادر القانون .

الفصل الأول

الجهل بالاحكام المدنيه بين التصور «الشكلي» والتصور «الجدلى» للبنيان القانونى

٣ – على الرغم من أن القانون المعاصر ترجع جذوره إلى القانون الرومانى ، الا أنه يستمد أساسه النظرى وصياغته الفنية من الفلسفة الفردية وأصول المنطق الشكلى الذى تستند اليه – باعتبارها نتاجاً للمجتمع الأوروبى منذ عصر النهضة حتى الثورة الصناعية (١) . فهذه الفلسفة – فى سعيها لاعلاء شأن الفرد – ترى أن المعطى الأول للطبيعة الانسانية (٢) أو «للعقل العملى» (٣) يتمثل فى حقوق الأفراد وحرياتهم ، وتجد فى القانون – تبعاً لذلك – ظاهرة مضافة على طبيعة الانسان تستمد وجودها من اتفاق الأفراد على اقامة نظام يوفق بين حقوقهم وحرياتهم ويحميها (٤) . ومن هنا كان تصور القانون كمجموع من القواعد تعبر «عن الارادة العامة» – التى هى ارادة المشرع – وتستمد قوتها الملزمة من قيام السلطة العامة بالاجبار على احترامها (٥) ، وكان اعطاء مشكلة الجهل بالقانون حلا واحداً مطلقاً يستجيب لهذا الأساس الارادى للقانون ويتمثل فى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهله .

على أن هذه النظرة لم تعد تستجيب لما حققته مناهج البحث فى العلوم

---

(١) Michel Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962, p. 51 et s.

(٢) الاشاره هنا إلى فلاسفة العقد الاجتماعى . أنظر المرجع السابق ، ص ٥٣ ومابعدها .

(٣) الاشاره هنا إلى فلسفة «كانط» . أنظر المرجع السابق ، ص ٦٦ ومابعدها .

(٤) المرجع السابق ص ٥٨ .

(٥) المرجع السابق ، فى الموضع السابق .

الاجتماعية من تقدم (١) صاحب بداية الثورة الصناعية. وواكب خطواتها بمثل ما أصبحت عاجزة عن استيعاب «الحقيقة القانونية» الراهنة فى شمولها وجدلية تركيبها . ومن هنا كان من اللازم أن يتجه الجهد إلى اعادة بناء النظرية القانونية على ضوء هذه المعطيات الجديدة وما تفرضه من مفارقات فى الحلول وفى تأصيلها ينعكس أثرها بالضرورة على مشكلة الجهل بالقانون

لذلك فسوف نحاول مواجهة مشكلة الجهل بالأحكام المدنية من الناحية النظرية فى مبحثين ، نتناولها فى أولهما على ضوء التصور الشكلى للبنيان القانونى ، ونتناولها فى الآخر على ضوء التصور الجدلى لهذا البنيان :

المبحث الأول : الجهل بالأحكام المدنية والتصور «الشكلى» للبنيان القانونى .

المبحث الثانى : الجهل بالأحكام المدنية والتصور «الجدلى» للبنيان القانونى

المبحث الاول

الجهل بالاحكام المدنيه والتصور «الشكلى» للبنيان القانونى

٤ — إذا كان القانون مجرد تجسيد للارادة العامة — التى هى محصلة ارادات أفراد متساوين فى حقوقهم وحرياتهم — فانه يكون من الطبيعى أن يمتنع على الفرد الافلات من أحكامه بحجة الجهل بهذه الأحكام . لذلك فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يرتد فى الواقع إلى المفترضات «الايديولوجية» التى تقوم عليها النظرية القانونية . ولذلك أيضاً فأزمة هذا المبدأ فى الفقه الحديث ما هى الا نتيجة للتناقض بين مفترضات النظرية القانونية وبين الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون .

---

(١) أنظر فى ذلك : ثروت أنيس الاسيوطى، المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية، بمجلة مصر المعاصرة ، عدد ٢ ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ١٦١ ومابعدها ، وعدد ابريل سنة ١٩٦٩ ، ص ١٠٩ ومابعدها .

غير أن هذه المفترضات ذاتها تفرض نفسها على تصور النظرية القانونية للقاعدة القانونية كأداة للنظام القانونى . ولذلك فالأزمة المشار اليها تعتبر فى ذات الوقت نتيجة لهذا التصور لأداة النظام القانونى .

المطلب الأول : المفترضات المثالية للنظرية القانونية وحلول مشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الثانى : فكرة القاعدة القانونية والتصور النظرى لمشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الاول

المفترضات المثالية للنظرية القانونية وحلول مشكلة الجهل بالقانون

٥ — يعتبر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تعبيراً صادقاً عن المفترضات المثالية التى تقوم عليها النظرية القانونية التقليدية . فهذه النظرية ترى فى القانون تعبيراً عن ارادة الأفراد فى صورتها الكلية ، وترى فى الالزام به الزاماً بهذه الارادة ذاتها ، وترتب على هذا وذاك مساواة الأفراد أمام القانون ووحدة مصدر أحكامه المختلفة . وهذه المفترضات الأربعة يعكس كل منها — على التوالى — مظهراً من مظاهر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون : افتراض العلم بالقانون ، وامتناع الافلات من حكم من أحكامه تأسيساً على هذا العلم المفترض ، وامتناع التمييز فى هذا الشأن بين المكلفين بالقانون وفقاً لظروف كل منهم ، وامتناع التمييز كذلك بين أحكام القانون وفقاً لاختلاف أدلتها القانونية . فإلى أى حد تستجيب هذه المظاهر المختلفة للحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ؟

١ — افتراض العلم بالقانون :

٦ — ان النتيجة المنطقية لكون القانون تعبيراً عن ارادة أفراد المجتمع هى تمثلهم له تمثلا يؤدى إلى افتراض علمهم بأحكامه . فهذه الأحكام —

«تنزيلا» من المشرع كانت أو عرفاً – ليست فى أساسها الا ما يرتضيه الأفراد من قيود على حرياتهم بقصد حماية حقوقهم أو التوفيق بينها . وهذه القواعد من ناحية أخرى ، ليست سوى قواعد «موحدة الصياغة نموذجية القالب» يمكن استخلاصها من ارادة المشرع بطريق القياس المنطقى(١).ومن هنا فعدم جواز الاعتذار بجهل القانون يستند إلى حقيقة نظرية لا شبهة فيها هى افتراض العلم بالقانون .

ولا شك ان هذا الافتراض كان يستجيب إلى حد كبير لحقيقة القانون الوضعى ابان حركة التقنين التى صاحبت القرن التاسع عشر . ذلك أن تقنينات القرن الماضى – وبصرف النظر عن اتخاذها القالب التشريعى من الناحية الفنية – كانت فى جوهرها مجرد صياغة للتجربة القانونية المستقرة والمستمرة للأجيال السابقة ، سواء تمثل هذا الجوهر فى عرف متواتر أو فى دين اكتسبت قواعده صفة القواعد العرفية (٢) . ولذلك كان من المستساغ القول بتمثل المخاطبين بهذه التقنينات لأحكامها وافتراض علمهم بهذه الأحكام . حقاً لقد مر التاريخ القانونى بثورات قلبت كثيراً من أحكام القانون رأساً على عقب ، كما هو الحال فى الثورات التى صاحبت الأديان أو فى الثورة الفرنسية ذاتها . ولكن هذه الثورات – فضلا عن أن تأثيرها على العلاقات المدنية أقل منه على العلاقات السياسية – كانت تتمخض دائما عن سنن مستديمة تحكم سلوك الأجيال اللاحقة . ولذلك فقد كان افتراض العلم بما تأتى به هذه الثورات من أحكام يستند فى البداية إلى ضرورة «تثبيت» ما تبشر به من «ايديولوجيات» (٣) ، حتى يصير تمثل الأفراد للأحكام المذكورة فيكون اسناد افتراض العلم بها إلى هذا التمثل (٤) .

---

(١) ثروت أنيس الأسيوطى ، المقال السابق .

وأنظر كذلك فى علاقة أزمة القانون بالتقدم العلمى فى القرن التاسع عشر وانعكاس ذلك على فلسفة القانون :

Michel Villey, op. cit., Ch. V et Ch. VI.

(٢) : F. Terré op. cit., p. 98

(٣) قارب : R. Guillen, op. cit., p. 258

(٤) فى هذا المعنى : F. Terré, op. cit., p. 106 et s.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد كان مجال القانون فى ذلك الوقت – ووظيفته – يقتصر – تحت تأثير تقديس الملكية الفردية وحرية المبادرة – على الأحكام التى تكفل حماية حقوق الأفراد أو التوفيق بينها ، وهى بطبيعتها أحكام يسهل الوصول اليها عن طريق القياس المنطقى .

٧ – غير أن التشريع الحديث لم يعد يقتصر على تقنين التجارب القانونية السابقة ، ولم تعد وظيفته فى المجتمع تقف عند حد هذا المفهوم «الوقائى» الضيق . وإذا كان انتقاد المشرع الحديث فيما يصدر عنه من تشريعات كثيرة ومتغيرة ، فى غير ما تناسق بينها أو وضوح فى صياغتها (١) لم يعد جديداً ؛ فان التنبيه إلى تغير المفهوم الاجتماعى للقانون من شأنه توجيه النظر إلى خطورة افتراض العلم بأحكام القانون فى العصر الحديث . فقد ترك القانون – نتيجة لذلك – خاصيتة « المحافظة » و« الحمائية » ليصبح أداة «متحركة » للاصلاح الاجتماعى والاقتصادى (٢) . ولذلك فالقواعد القانونية لم تعد «تأتى مصطفة محكمة بعضها بجوار بعض ، كل بوظيفتها الخاصة ، انها تتقاطع على نحو يلزم معه التوفيق أو الجمع بينها ، لدرجة أن كل حالة فردية تتطلب بحثاً مسبقاً عن القانون الواجب التطبيق عليها» (٣) . ولذلك أيضاً فتكاد تختفى ظاهرة التمثل المصاحبة لصفة الاستمرار فى القانون ، على نحو تبرز معه بوضوح مشكلة الجهل بالقانون كمشكلة واقعية تتنافى مع افتراض العلم بالقانون وتتطلب العلاج السريع .

وقد سار جانب من الفقه فى اتجاه تطويع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ذاته لاعتبارات الواقع ، عن طريق السماح للأفراد بالاستناد إلى جهلهم هذا القانون أو ذاك لاستبعاد تطبيقه عليهم . ولكن هذا الفقه ظل عاجزاً عن تقديم معيار منضبط لما يجوز وما لا يجوز الاحتجاج بجهله أمام خلو النظرية القانونية من أدوات دقيقة للتحليل تتجاوز تقسيم قواعد

---

(١) J. Carbonnier, op. cit., p. 115.

(٢) F. Terré, op. cit., p. 109.

(٣) J. Carbonnier, op. cit., p. 115.

القانون إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة ، وتمكن من ضبط المايزة فى الحلول . لذلك فقد سار جانب آخر من الفقه فى طريق تطويع الواقع للمبدأ المذكور ، عن طريق اقتراح الحلول الكفيلة بتحقيق مزيد من العلم الفعلى بأحكام القانون ، سواء باشراك المعنيين بها فى صياغتها أو تطوير وسائل الاعلام بها بالاستعانة بما حققته الثورة الصناعية من تقدم فى وسائل الاعلام (١) . ولكن هذا الاتجاه يصطدم هو الآخر بطبيعة القانون كظاهرة نسبية يستعصى العلم الكامل والدائم بها حتى على المتخصصين .

ولعل فى استحالة التوصل إلى حلول مقبولة لمشكلة الجهل بالقانون فى ظل هذين الاتجاهين المتصورين ما يوحى بأن المشكلة قد وضعت — تحت تأثير التصورات الايديولوجية للقانون — وضعاً غير صحيح ، يستحيل البحث معه — وانبعاثاً منه — عن حل مقبول لها. «اننا لا يجب أن نبالغ فى الاضطراب الذى تحسه عامة الناس .. ازاء تغيرات القانون . فروح الشرعية التى بثتها تقنينات القرن الماضى تكمن وراء تصورات المدرسين غير المحايدة له . ذلك أن القانون يصور كما لو كان مجرد قواعد جامدة . ولكن القانون يفترض وجود الانسان ، وبصفة خاصة القاضى ، لامكان إعماله . فالقانون لا يكون ولا يكتسب قيمة الا بالانسان . ماذا يضير إذن أن تكون القواعد (القانونية) غير ثابتة أو غير قطعية إذا ما وفرنا القضاة العدول ؟ .. » (٢) .

٢ — امتناع الاحتجاج بجهل القانون :

٨ — ان افتراض العلم بالقانون ، المستمد من تمثل المكلفين لأحكامه يؤدى إلى عدم جواز الاحتجاج بجهله للافلات من هذه الأحكام . وهذه

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :

F. Terré, op. cit., p. 110 et s., J. Carbonnier, Droit Civil, T.I, 1969, No 25, p. 104.

وأنظر كذلك : محمد وجدى عبد الصمد ، الجهل بالأحكام فى التشريعة والقانون ، مجلة القضاة ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٨٦ ، ١ ه .

(٢) J. Carbonnier, Flexible droit, op. cit., p. 117.

النتيجة الثانية يبررها من ناحية أخرى أساس الزام القانون للمكلفين . فالزام القانون للمكلفين يستند إلى ما لإرادتهم – التى يتمثل فيها القانون – من سلطان . ومن هنا كان اطلاق مبدأ عدم جواز الاحتجاج بجهل القانون باعتباره نتيجة منطقية لفكرة القانون ذاتها .

ومع ذلك ، فرغم التأكيد المستمر فى الفقه على اطلاق المبدأ المذكور ، فان تطور الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون – على الأقل فى نطاق الأحكام المدنية – لا يتفق مع هذا الاطلاق . فرغم ان القضاء ما زال يرفض فى اصرار استبعاد تطبيق القانون عند ثبوت الجهل الفعلى بأحكامه ، الا أن الغلط فى القانون صار يؤدى إلى ذات الآثار التى يؤدى اليها الغلط فى الواقع ، كلما امكن ستره وراء فكرة أخرى من الأفكار التى تجد مكاناً «شرعياً» لها فى القانون .

فمبدأ الغلط الشائع يولد الحق يجد قبولا واضحاً فى القانون الحديث . وقد استند القضاء إلى هذا المبدأ لتوليد حقوق لا يعترف بها القانون أصلا ، حتى فى حالة كون هذا الغلط غلطاً فىالقانون وليس مجرد غلط فى الواقع . وقد تمثل الاعتداد بالغلط الشائع فى القانون فى صورة اعتراف القضاء بخطئه السابق فى تفسير القانون عند عدوله عن هذا التفسير إلى تفسير آخر مخالف (١) . فالقضاء – فى هذه الصورة – يعتد بغلط المكلف الناشىء عن اعتقاده بأن حكم القانون الصحيح هو ما يقول به التفسير القديم . بل ان التشريع ذاته يعتد بالغلط الشائع – دون تمييز بين الغلط فى الواقع والغلط فى القانون – عندما يجعل التصرف نافذاً استناداً إلى هذا الغلط وخلافاً للأصل من عدم نفاذه ، كما هو الحال فى النيابة الظاهرة .

وبالمثل ففكرة حسن النية تلعب دوراً كبيراً فى اكتساب الحقوق العينية فى القانون الوضعى . وقد وصل القضاء فى بعض تطبيقاته إلى الاعتداد

---

(١) H. Mazeaud, La maxime "Error communis facit jus", R.T.D. C., 1924, p. 945 et s.

بحسن النية الناشيء عن الغلط فى القانون (١) . فرغم رفض القضاء الاعتداد بحسن النية المذكور لاقرار اكتساب الملكية بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز أو اكتساب الثمار بالقبض ، الا أنه قد عدل عن موقفه فى هذه الصورة الأخيرة فاعتبر الغلط فى القانون كاف لقيام حسن النية اللازم لاكتساب الثمار بالقبض (٢) .

على أن الغلط فى القانون قد أصبح كافياً بذاته — دون الاستتار وراء فكرة أخرى — للتأثير على صحة التصرف القانونى ، من خلال فكرة عيوب الارادة . فقد استنبط الفقه والقضاء الفرنسي من اقتصار المشرع على استبعاد الغلط فى القانون من اسباب ابطال عقد الصلح ، اعتداده به فى غير ذلك من التصرفات القانونية ، ثم جاء المشرع المصرى فنص فى المادة ١٢٢ من القانون المدنى على أنه «يكون العقد باطلا للغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع .. ما لم يقض القانون بغيره» . حقاً يقال تفسيراً لهذه القاعدة ان الأمر لا يتعلق باستثناء على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون — ما دام الأمر لا يصل إلى استبعاد القاعدة التى وقع فيها الغلط — وانما بالاعتداد بواقع معين هو تعيب الارادة ، أو بالاعتداد بغلط فى الواقع ترتب على الغلط فى القانون (٣) . ولكن الاعتداد بهذا الواقع — أو بهذا الغلط فى الواقع — يتضمن اعتداداً بالغلط فى القانون الذى أدى إلى خلقه ، ومن ثم يتضمن على أى حال حداً من دائرة تأثير مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (٤) .

٩ — كذلك فقد تجاوز القضاء فكرة الغلط فى القانون إلى الاعتداد الصريح بالجهل ببعض أحكامه . ويبدو ذلك بوضوح من متابعة موقف

---

(١) F. Terré, op. cit., p. 101.

(٢) Cass. Civ., 11 janvier 1887, S. 1887.1. 225.

(٣) Boulanger, Encycl. jur. Dall, Rép. de droit civil, V° Erreur, N° 41.

(٤) Houin, note, J.C.P., 1944. 11. 2649, sous cass. civ., 32 févirer 1943

القضاء من ضمان البائع لحقوق الارتفاق القانونية . فقد جرى القضاء طويلا على اعطاء الارتفاقات القانونية حكم الارتفاقات الظاهرة من حيث عدم التزام البائع بالاعلان عنها ، وعدم قيام الضمان بصددها تبعاً لذلك ، استناداً إلى افتراض علم المشترى بها باعتبارها مقررة بحكم القانون (١) . ولكن محكمة النقض الفرنسية قد انتهت مؤخراً إلى تقرير ضمان البائع للارتفاقات الناشئة عن خط التنظيم (٢) ، ثم لكل ارتفاق قانونى لا يكون نتيجة طبيعية للملكية (٣) ، لتصل فى النهاية إلى الاعتراف بأن الارتفاقات القانونية التى لا يضمنها البائع بالرغم من عدم ظهورها هى تلك الارتفاقات الناشئة عن الوضع العادى للملكية ، لا الاعباء الاستثنائية «التى لا تمكن حالة الاماكن المشترى من التفكير فيها » (٤) . ولا شك ان فى هذا القضاء تسليم بأن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى تصوره المطلق وفى نتائجه العملية ليس قادراً على حل مشكلة ضمان حقوق الارتفاق القانونية . «ان تشبيه الارتفاقات القانونية بالارتفاقات الظاهرة لم يعد من مطلقات زماننا . ان القانون المعاصر قد صار معقداً وتحكمياً لدرجة أن أصبح من المعقول «تخفيض» القرينة (على ظهور الارتفاق القانونى) إلى الحد الأدنى» . وعلى هذا النحو يتضح بجلاء ان الحلول العملية التى يمليها جهل المخاطب

---

(١) Cass. req. 20 février 1856, D.P., 1856 . 1. 2917.

(٢) Cass. 1e Seet. civ., 13 juillet 1954, Bull. civ., 1954. 211 (cité par F. Terré, op. cit., p. 166, note 2).

(٣) Cass., 1o sect. civ., 21 février 1956, D. 1956. 285, J.C.P., 1956. II, 9200, note Blin.

(٤) Cass., 1o sect. civ., 15 octobre 1963. D. 1963, 715.

وأنظر فى تأييد هذا القضاء فى مصر : توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، ١٩٦٩ ، بند ١٨٢ .

(٥) J. Carbonnier, obs. R.T.D.C., 1956, 555, sur Cass. 1o sect. civ. 21 février 1956. précité.

وقارن :

Bernard Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, p. 199.

بالقانون بأحكامه لم يعد من الممكن الاكتفاء باسنادها إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ولكن إذا كان الأمر كذلك فان التساؤل ما زال يثور عن كيفية تخريج هذه الحلول فى ظل قيام هذا المبدأ .

٣ – اطلاق عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث المكلفين :

١٠ – بمثل ما أطلقت الفلسفة الفردية من تصورها لأساس القانون فكرتى افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجلهه ، فقد اطلقت من هذا الأساس مفهومها لفكرة المساواة بين الأفراد . ولذلك كانت هذه المساواة مجرد مساواة شكلية أمام القانون لا تلتفت كثيراً إلى «المسافات» المختلفة التى تمايز المكلفين ، اجتماعية كانت أو اقتصادية . ومن هنا فقد جاء إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إعمالا «ميكانيكيا » مجرداً لا يقف عند اختلاف ظروف المكلفين.

ولم يعد بخاف مدى ما تؤدى اليه هذه المساواة الشكلية أمام القانون من اقرار النظام القانونى لعدم المساواة الفعلية بين الأفراد وحماية لمراكز البعض المتميز منهم من الناحية الواقعية على حساب الآخرين . لذلك لم تصمد المساواة المذكورة طويلا أمام التيارات الاجتماعية والفكرية التى ولدتها الثورة الصناعية .

والحق ان المساواة الشكلية لم يكن من المتصور لها أن تسود فى مجال إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك ان هذه المساواة فى المجال المذكور لا تقف عند اغفال «المسافة» الاجتماعية والاقتصادية بين المكلفين ، وانما تتجاوز ذلك إلى اغفال ما يفصل بينهم من مسافة جغرافية أو ذهنية . ولذلك فقد ظهرت آثار الاختلاف فى هذا الصدد فى تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون حتى من قبل أن تحدث التيارات الاجتماعية والفكرية السابق الاشارة اليها أثرها فى اعادة تشكيل فكرة المساواة بين الأفراد تشكيلا يدخل فى الاعتبار اختلاف قواهم الاجتماعية والاقتصادية . فمن ناحية أولى لا يقتصر نطاق تطبيق القانون

على اقليم الدولة ، وانما يمتد فى كثير من الأحيان إلى خارج حدوده اعمالا لقواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص . ومن الواضح أن منطق المساواة الشكلية أمام مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يفضى إلى التسوية فى هذا الصدد بين من يتواجد خارج اقليم الدولة ومن يتواجد داخل هذا الاقليم . ولكن هذا المنطق لا يمكن ان يخفى أو يزيل اختلاف المسافة الجغرافية بين المكلفين . ولذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية تذهب منذ وقت مبكر إلى أن «النصوص المتعلقة بتنفيذ ونشر القانون فى الاقليم الفرنسى لا تطبق عند تحديد التاريخ الذى يعتبر فيه المواطن الفرنسى الموجود بالخارج عالماً بالقانون ومن ثم فالقاضى — أمام سكوت القانون — عليه أن يحدد هذا التاريخ فى ضوء الظروف التى من بينها وصول الجريدة الرسمية» (١) إلى البلد الذى يكون متواجداً فيه . وهكذا لم تجد المحكمة المذكورة بداً من ترك الحرية لقاضى الموضوع فى تقدير ظروف المكلف الموجود خارج حدود اقليم الدولة عند تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون .

ومن ناحية أخرى فمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون لا يقتصر أثره — فيما يجرى عليه الفقه — على الأفراد فى تكليفهم باحترامه وانما يمتد إلى القاضى فى تكليفه بتطبيقه (٢) . ومع ذلك فاختلاف وجه التكليف بين الأفراد العاديين وبين القاضى من شأنه أن يغير بالضرورة من النتائج التى يمكن ترتيبها على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى الحالتين . فبالنسبة لمحكمة النقض يلاحظ ان وظيفتها فى كفالة التطبيق السليم للقانون من ناحية ونظام عملها الذى يؤدى إلى عدم التزام كل دائرة فيها بقضاء غيرها من الدوائر أو بقضائها السابق من ناحية أخرى ، من شأنه أن يؤدى إلى جعل كل قضاء جديد منها مخالف لقضاء سابق لها لا بمثابة اقرار بغلط فى القانون سبق وقوعه وانما بمثابة «تعديل» للقانون على نحو لا يتصور معه إعمال النتائج

---

(١) Cass. civ. 22 Juin 1891, D.P., 1891. 1.353, concl. Dejardine, S., 1891 .1. 289.

(٢) J. Carbonnier, Doit civil, T.1, op. cit., Nº 25, p. 104.

المعروفة لمبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للمشرع عندما يصدر قانوناً متعارضاً مع قانون سابق ، فيعتبر القانون الأخير بمثابة تعديل للأول (١) .

أما بالنسبة لقضاء المحاكم الأدنى فالوضع مختلف نتيجة قيام رقابة محكمة النقض عليها فى تطبيقها للقانون ، بما يؤدى إلى نقض الأحكام التى ترى فيها هذه الأخيرة غلطاً فى القانون أو جهلا به . ومع ذلك فمحكمة النقض تتفادى نقض الحكم الذى يستند إلى أسباب غير صحيحة كلما أمكن اسناد منطوقه إلى أسباب جديدة صحيحة (٢) . ولذلك فالمحكمة فى الوقت الذى تبدو فيه «بالغة التشدد مع الكافة (فى إعمال مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون) .. لا تخشى الاتهام بالبعد عن المنطق وبالعفوية عندما تتساهل مع القضاة رغم تمرسهم بعلم القانون» ، على نحو أثار دهشة فقه مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون (٣) .

على أن مسألة جهل القاضى بالقانون قد عرضت من زاوية أخرى هى زاوية مسئوليته عن الخطأ فى تطبيق القانون . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ذلك بأن مجلس القضاء الأعلى «لا يختص من وجهة النظر التأديبية الا بالوقائع التى تمس اللياقة أو شرف القاضى واعتباره وأن الغلط فى القانون لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة» (٤) . كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القاضى لا يمكن مطالبته بالتعويض الا عن طريق

---

(١) أنظر فى ذلك :

F. Terré op. cit., p. 95; Les antinomies en droit, Etudes publiés par Ch. Perelman, 1965, notamment les rapports de Mrs. P. Fornier (p. 20 et s.) et L. Silence (p. 63 et s.).

(٢) F. Terré, op. cit. p. 96.

(٣) Descoust, L'erreur de droit, Thèse, Paris, 1917, p. 153 (Cité par F. Terré, op. cit., p. 96).

(٤) Cass. Ch. réun., 28 avril 1898, S. 1899. 1.385.

المخاصمة ، وفى حالة الانحراف عن واجبات الوظيفة أو إساءة استعمالها ، لأن ما يصدر عنه اثناء عمله يعتبر استعمالا لحق ترك له سلطة التقدير فيه (١) .

ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير مبدأ مسئولية الموثقين عن نتائج خطئهم فى القانون (٢) خلافاً لما رأيناه بالنسبة للقضاة ثم قامت من بعد بتحديد نطاق هذه المسئولية باشتراطها الا يكون الغلط فى القانون «فى نقطة مشكوك فيها وقابلة للخلاف» (٣) . وقد رأى البعض فى هذا القضاء اتجاهاً إلى الاعتداد بمدى قدرة كل مكلف على الاحاطة بمفهوم قواعد القانون (٤) . ولكن إذا كان الأمر كذلك فلماذا يكون الاعتداد بمدى قدرة المكلف مع من يمتهن القانون ولايكون مع الفرد العادى المخاطب بأحكامه ؟ وماذا يكون بعد ذلك موقع فكرة المساواة من مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون ؟

٤ — اطلاق عدم جواز الاحتجاج بجهل القانون من حيث الأحكام :

١١ — أدت الفلسفة الفردية فيما أدت اليه إلى سيطرة روح الشرعية القانونية على نحو ما عبرت عنه تقنينات القرن الماضى . فالتشريع باعتباره تعبيراً عن الارادة العامة يعتبر المصدر الرسمى الوحيد للقانون وتختلف معاملته اختلافاً تاماً عن معاملة المصادر الأخرى التى تعتبر مجرد مصادر تفسيرية . وبذلك فافتراض العلم بالقانون وامتناع الاحتجاج بجهله — بما يفترضانه من اختلاف معاملة القانون عن معاملة الواقع — كلاهما ينصرف إلى جميع قواعد القانون باعتبارها جميعاً نتاجاً لمصدر واحد هو التشريع .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٢/٣/٢٩ ، مجموعة النقض ، س ١٣ ، ورقم ٥٦ ، ص ٢٣٠

(٢) أنظر فى تفصيل هذا القضاء :

F. Terré, op. cit., p. 97.

(٣) Cas. s. req. 12 février 1883, D.D., 1884. 1.255; Cass. Civ., 18 Juin 1918, D.P., 1922. 1.199.

(٤) F. Terré, op. cit., p. 98.

ولم يعد يخاف ما فى هذا الاطلاق من تجاهل لما يواجه حياة القانون فى مختلف المجتمعات والازمان من حاجة إلى التطوير والتطويع المستمر لمقتضيات الحياة المتجددة وحاجة إلى ملء الثغرات التى يكشف عنها تجدد هذه الحياة ، وما فيه من تجاهل لنسبية القوة الملزمة للقانون فى المكان والزمان (١).

١٢ — فقد أجبرت الحاجات المشار اليها إلى الاعتراف بالعرف مصدراً رسمياً للقانون بجانب التشريع . ولكن اعتبارات المنطق الشكلى قد فرضت قياسه على التشريع فيما يتعلق بالنظام الذى يخضع له من حيث افتراض العلم به وقوته الملزمة وما يتبع ذلك من اطلاق وعموم مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهله (٢). ولكن الواقع لم يلبث أن كشف عن استحالة مثل هذا القياس. فاذا كان العرف القديم المتمثل فى المبادىء العامة لا يثير صعوبة فى تطبيق نظام التشريع عليه ، فان هذه الصعوبة تظهر — وتتزايد — فيما وراء هذه المبادىء . فالأعراف التى كثيراً ما تشير اليها القواعد المكملة (٣) رغم أنها تعامل كقاعدة عامة معاملة التشريع — باعتبارها امتداد له (٤) — الا أنه من المسلم به ان للقاضى حرية طلب اثباتها من الخصوم (٥) . أما الاعراف «ذات الأصل الشعبى» فلا يقتصر أمر اختلافها عن التشريع

(١) ثروت أنيس الاسيوطى ، المقال السابق .

(٢) أنظر فى هذا النظام : حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٢ ،

Michel Pedamon, Y-a-t-il lieu de distinguer les usage, et les coutumes en droit commercial ?, R.T.D. Com., 1959, N° 22 et s.;Jaque, Normand, Le Juge et le litige, Paris, 1965, N° 216 et s.

(٣) أنظر على سبيل المثال المواد ٩٥ ، ٩٨ ، ١٤٨ ، ٤٢٢ ، ٤٤٨ ، ٤٥٨ ، من القانون المدنى .

(٤) فى هذا المعنى :

F. Terré, op. cit., p. 121.

(٥) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٢ ؛

Cass. civ.,19 juin, 1933, S., 1933. 1.382.

على امكان القاضى طلب اثباتها وانما يتجاوز ذلك إلى عدم قيام محكمة النقض بالرقابة على تطبيقها (١) .

وأما العادات الاتفاقية فتنحسر عنها كل عناصر النظام الذى يخضع له التشريع ، بزوال التزام القاضى بتطبيقها من تلقاء نفسه على نحو تبدو معه هذه العادات فى نظر الفقه والقضاء مجرد عنصر من عناصر الواقع يأخذ حكم الشروط الاتفاقية (٢) . ومع ذلك فمما لا شك فيه ان العادات الاتفاقية تخرج عن ذات الطريق الذى يخرج عنه العرف وتحمل مثله « محتوى تقعيدياً» . وهى فوق ذلك تقوم بدور تكملة العقد مثلها فى ذلك مثل القواعد المكملة (٣) . لذلك فقد يكون فى القول بأن العادة الاتفاقية مجرد واقع مجاوزة للحقيقة . (٤) وعلى هذا النحو فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن للقاضى سلطة اثبات عادة تجارية من تلقاء نفسه وتأسيس حكمه عليها(٥) . ومن الواضح ان اثبات هذه السلطة للقاضى لا يستجيب إلى اعتبار العادات الاتفاقية مجرد عنصر من عناصر الواقع .

كذلك فقد أجبرت الحاجات المتقدمة القضاء على التصدى لتطويع النصوص التشريعية الجامدة لحركة الحياة الدائمة ، (٦) فظهرت على هامش هذه النصوص حلول جديدة لم تكن لتخطر على بال المشرع وقت وضعه لها . والذلك فأيا كان النظر للقضاء — وسواء اعتبرناه مصدراً تفسيرياً أو اعتبرناه

---

(١) Cass. Civ. 10 Janvier 1928, D.P. 1929. 1.126.

(٢) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥١ و١٥٢ . وأنظر : نقض ١٢/٤/١٩٦٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٥ ، رقم ٨٠ ، ص ٤٩٩ ، نقض ٣/١٢/١٩٦٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٥ ، رقم ١٦٣ ، ١١٢٠.

(٣) Jaques Normand, op. cit., No. 216 et la bibliographie cité p. 206, note 267.

(٤) فى هذا المعنى :

F. Terré, op. cit., p. 121.

(٥) Cass. req., 22 déc. 1902, D.P., 1903. 1.149; J. Normand, op. cit., p. 208.

(٦) ثروت الأسيوطى ، المقال السابق .

مصدراً رسمياً – فلا شك انه لم يعد بمستطاع معرفة الأحكام التفصيلية التى يتضمنها نص من نصوص القانون أو الوقائع التى تخضع لكل حكم منها دون الرجوع إلى القضاء (١) . ولذلك أيضاً يثور التساؤل عما إذا كان من الممكن معاملة القضاء ذات المعاملة التى يلقاها التشريع من حيث افتراض العلم به ومن حيث قوته الملزمة وعدم امكان الاعتذار بجهله رغم ما فى الاحاطة به من صعوبة منشؤها عدم نشره نشراً رسمياً منتظما وخضوعه للتغيير المستمر . وقد سبق أن اشرنا إلى أن القضاء (كسلطة) ينزل تغير القضاء (كمصدر رسمى أو تفسيرى) من حيث عدم امكان توقعه مسبقا منزلة الوضع الظاهر ويرتب مايرتبه على الأوضاع الظاهرة من القدرة على توليد آثار مخالفة لمقتضى النصوص (٢) .

١٣ – على أن فساد المعاملة الموحدة لقواعد القانون تجاه مبدأ عدم امكان الاعتذار بجهله ، لايقتصر على مجال القواعد غير التشريعية وانما يمتد كذلك إلى القواعد التشريعية ذاتها عند تحديد قوتها الملزمة فى المكان والزمان على حد سواء .

فقواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بالتنازع المكانى تسمح ، كما هو معروف ، بتطبيق القانون الأجنبى . وسواء قلنا ان القانون الأجنبى يحتفظ بقوته الملزمة ، الثابتة أصلا ، عند تطبيقه بواسطة القاضى الوطنى أو يستعيدها عن طريق إعمال القاضى الوطنى له ، فقد أصبح من المسلم به التزام المتقاضى الذى يتمسك بقانون اجنبى باثبات مضمونه . وقد حدا ذلك بجانب كبير من الفقه والقضاء إلى القول بأن القانون الأجنبى لا يعتبر – عند تطبيقه بواسطة القاضى الوطنى – قانوناً وانما يعتبر مجرد عنصر من عناصر الواقع (٣) .

---

(١) فى الدور الانشائى للقضاء ، أنظر :

J. Normand, op. cit., No. 19; J. Carbonnier, Droit Civil, T.1, op. cit., No. 4 et s., p. 23 et s.

(٢) ما سبق ، بند ٨ .

(٣) أنظر فى ذلك بالتفصيل : هشام على صادق ، تنازع القوانين ، طبعة ثانية ، بند ٦٤ وما بعده . وأنظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٥٥/٧/٧٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ص ١٣٤٧ ؛ نقض ١٩٧٠/٤/٢٤ (مشار اليه فى : محمد وجدى عبد الصمد ، المقال السابق ، ص ٢٥٩ ه ٤).

وغنى عن البيان ما فى هذا القول من افتراض مخالف للحقيقة . ولذلك فرغم التزام المتقاضى باثبات القانون الأجنبي االذى يتمسك به الا أن معاملة هذا القانون أمام القاضى الوطنى تظل مع ذلك متميزة عن معاملة الوقائع . فمن المسلم به أن للقاضى كامل الحرية فى البحث عن القانون الأجنبي ، حرية لا يتمتع بها بالنسبة للوقائع (١) . ومن المسلم به كذلك ان القاضى الوطنى لا يستطيع أن يرفض الدعوى عند عدم ثبوت مضمون القانون الأجنبى أمامه وخلافاً لما هو متبع عند عدم ثبوت الوقائع المدعاة (٢) .

ولكن إذا كان القانون الأجنبي يحتفظ بصفته القانونية عند إعمال القاضى الوطنى له — رغم التزام المتقاضى الذى يتمسك به باثبات مضمونه — فهل معنى ذلك جواز اعتذار القاضى — والخصوم من باب أولى — بجهل القانون الأجنبى ؟ هذا ما يبدو من قول احد الفقهاء تعليقاً على حكم (LIZARDI) الشهير : «إذا كان جهل القانون الأجنبي يمكن أن يكون مشروعاً فمرجع ذلك أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينطبق فحسب فى فرنسا وعلى القانون الفرنسى» (٣).

كذلك فقواعد حل التنازع بين القوانين فى الزمان تؤدى أحياناً إلى اخضاع المراكز العقدية للقانون القديم رغم جريان هذه المراكز فى النطاق الزمنى لاعمال القانون الجديد . ومن الواضح أن اطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث انسحابه إلى جميع قواعد القانون يؤدى إلى وجوب معاملة القانون القديم ذات المعاملة التى يلقاها القانون الجديد. غير أن مثل هذا الحل لا يمكن اسناده إلى فكرة القوة الملزمة للقانون كما تتصورها النظرية القانونية التقليـــــدية . ذلك ان دخول القانون

---

(١) Motulesky L'office du juge et la loi étrangère, Mélanges Maury, T. 1, 1960, No. 46 et s.

(٢) المقال السابق .

(٣) H. Battifol, Droit international privé, T. 11, 5e éd. 1971 No. 491 p. 112.

الجديد حيز التطبيق معناه اكتسابه الصفة الملزمة بما يسحب مثل هذه الصفة من القانون القديم الملغى ، فكيف يمكن اذن تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بصدد قانون زالت عنه الصفة الملزمة (١) ؟ وإذا لم يكن ذلك ممكناً فهل يعتبر القانون القديم عند تطبيقه على المراكز الجارية في ظل القانون الجديد مجرد عنصر من عناصر الواقع ؟ وإذا ما قيل بذلك فهل يستجيب هذا القول إلى بقاء القانون القديم أداة لتقييم المراكز المذكورة حتى في ظل القانون الجديد ؟

المطلب الثانى

فكرة القاعدة القانونية والتصور النظرى لمشكلة الجهل بالقانون

١٤ — رأينا كيف ان التصور الشكلى للبنيان القانونى يواجه مشكلة الجهل بالقانون انبعاثاً من المفترضات المثالية التى يقوم عليها ، كما رأينا كيف ان هذه المفترضات لا تستجيب إلى حقيقة القانون كأداة للضبط الاجتماعى ولاتعبر بالتالى عن حقيقة الحلول الوضعية لمشكلة الجهل بالقانون. غير أن الفقه مايزال رغم ذلك متمسكاً بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كحل وحيد مطلق لهذه المشكلة ، متجاهلا حلولها الوضعية ، أو فى الأقل قاصراً جهده على محاولة ايجاد مخارج جانبية لهذه الحلول تخفى تناقضها مع المبدأ المذكور . وهذا الموقف الفقهى يدعونا إلى محاولة البحث عن العقبة التى تقعد بالفقه عن الوصول إلى تصور نظرى جديد لمشكلة الجهل بالقانون يترجم نسبية حلولها الوضعية ، وتقف به عند اطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، رغم انهيار المفترضات المثالية التى يقوم عليها وتجاوز الحلول المنطقية التى يؤدى اليها .

والواقع ان هذه العقبة تكمن فى الجانب الآخر من النظرية القانونية التقليدية : جانب الصياغة الفنية . فهذه النظرية تجعل من القانون مجموعة

---

(١) Patrice Lével, Essai sur les conflets de lois dans le temps, Paris, 1959, No. 160—164, et note 94 p. 288.

من القواعد القانونية ، موحدة الصياغة نموذجية القالب ، تتراص فى انتظام وتناسق ، وتتألف كل منها من نمط للسلوك الاجتماعى يتميز بخاصة الالزام وجزاء مادى تتمثل فيه خاصة الالزام المذكورة .

موضوع القانون وفكرة النمط السلوكى :

١٥ — والنظر إلى القانون كأنماط للسلوك على هذا النحو يؤدى منطقاً إلى القول بأن خطابه لا يتوجه الا لمن يعلم بمضمون هذا الخطاب ، حتى يكون من المتصور عقلا أن يشكل سلوكه وفقاً له . أما النظر إلى الالزام كخاصة من خواص النمط السلوكى الذى يضعه القانون فيؤدى على العكس من ذلك إلى التسليم بأن هذا الالزام يرتبط بوجود القانون ذاته وليس بعنصر خارجى عنه كالعلم به ، على نحو ينصرف معه خطاب القانون إلى الجميع من يعلم بمضمون هذا الخطاب ومن لا يعلم به . ولذلك كان المخرج من نتائج هذا التناقض الداخلى فى التصور التقليدى للظاهرة القانونية عن طريق افتراض العلم بالقانون افتراضاً عاماً ومطلقاً ، حتى يستقيم توجيه خطاب القانون إلى الجميع دون بحث فى علمهم أو عدم علمهم وحتى يمكن التوفيق — ولو عن طريق الافتراض — بين النتائج المتعارضة . لذلك نجد الفقه الغالب يؤسس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على وجود قرينة قانونية على علم الافراد به .

ومن الواضح ما فى هذا القول من اخراج لفكرة القرينة القانونية عن مدلولها الأصلى ، إذ القرينة القانونية « تقوم على حمل الأمر المشكوك محل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه ، وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية" (١) ، كما سبق أن رأينا . ولذلك ففكرة القرينة القانونية تعتبر مجرد «مهرب» لا يستجيب إلى اعتبار القانون دائما وأبداً قواعد سلوك الا استجابة «نفسية» أو «نظرية» محضة ، وتنحاز انحيازاً حقيقياً وكاملا إلى اعتبار الالزام خاصة من خواص القانون ترتبط بوجوده دون نظر إلى ما يعتبر خارجاً عن ذاته كالعلم بمضمونه .

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٣ .

والحقيقة ان الدراسات العلمية الحديثة للظاهرة القانونية قد كشفت عن فساد «تخفيض» مضمون القانون إلى مجرد انماط للسلوك الانسانى تعين ما هو واجب وما هو ممنوع وما هو مباح منه . فكثير من قواعد القانون لا تتولى مباشرة وضع انماط للسلوك بقدر ما تتولى تقرير أو تنظيم وضع من الأوضاع على نحو يكون معه موضوعها المباشر هو هذا التنظيم أو التقرير (١)، وبحيث يكون النمط السلوكى الذى يتأتى عن هذا التنظيم أو التقرير نتيجة له وليس موضوعاً مباشراً للقانون . فالقاعدة التى تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة مثلا ليس موضوعها المباشر هو السلوك الانسانى وانما مجرد اثبات سلطة من يبلغ هذه السن فى اجراء التصرفات القانونية الصحيحة ، بحيث لا تظهر مواجهتها للسلوك الا فى المرتبة الثانية وكنتيجة مترتبة على ما تقرره القاعدة المذكورة ، عندما يواجه الأفراد الاستفادة من هذه القاعدة . وبالمثل فالقواعد التى تقرر حقوق الحمل المستكن ليس موضوعها المباشر هو السلوك الانسانى وانما تقرير هذه الحقوق فى ذاته . ولذلك ينبه البعض إلى ضرورة التميز بين الانسان كموضوع للقاعدة القانونية ، وبين الانسان كمستخدم لها أو مستفيد منها (٢) . كذلك فكثير من القواعد يكون مضمونها من العمومية والتجريد بحيث لا يمكن أن نستخلص منه أنماطاً محددة للسلوك بطريق مباشر ، كما هو الحال فى المبادىء العامة للقانون مثلا (٣) . لذلك يكون من الصعب القول بأن هذه القواعد تتناول بذاتها تشكيل السلوك الاجتماعى . على أن ذلك لا ينفى بالطبع أن كثيراً من قواعد القانون تتولى بطريق مباشر تحديد انماط للسلوك الاجتماعى ، فتعين ما هو واجب وما هو ممنوع وما هو مباح منه . ولكن التأمل فى الأمر يكشف عن أن مثل هذه القواعد التى يكون موضوعها المباشر تحديد انماط السلوك لا تواجه هذه الانماط

---

(١) دى لوجو ، المرجع السابق .

(٢) Paul Amselek, Méthode phenoménologique et théorie du droit, Paris, 1964, p. 247.

(٣) أنظر هذه الأمثلة لدى :

Paul, Amselek, op. cit., p. 237 et s.

على نحو مجرد وانما تواجهها فى اطار المواقف الاجتماعية والانسانية المختلفة ، مواجهة تربط النمط السلوكى بالظروف المتغيرة التى يتواجد فيها الانسان ، على نحو يتجاوز معه مضمون القاعدة تعريف النمط السلوكى إلى تحديد شروطه وأسبابه ودوافعه (١) .

ومن الواضح ان التسليم بعدم اقتصار موضوع القانون على تعريف أنماط السلوك الواجب على النحو المتقدم من شأنه أن يغير من وضع مشكلة الجهل بالقانون تغييراً قد يقلب مفهومها رأساً على عقب . ولذلك فوضع المشكلة على أساس من هذا التصور الواقعى لموضوع القانون يعتبر نقطة البداية فى أى بحث جدى عن التصوير النظرى لها .

موضوع القانون وفكرة الجزاء :

١٦ — أما النظر إلى الجزاء — سواء أكان جزاء مادياً بالمعنى الدقيق أم كان مجرد اجبار على الانصياع لما تمليه القاعدة القانونية — كعنصر من عناصر القاعدة القانونية تتمثل فيه خاصة الالزام التى لهذه القاعدة ، فهو فى الواقع نتيجة منطقية للنظر إلى القانون كمجرد انماط للسلوك الاجتماعى(٢). فهذه الانماط باعتبارها انماطاً لسلوك الانسان الذى يتمتع بحرية الاختيار لا يمكن أن يكون لها من الحتمية فى تحديد هذا السلوك ما للقوانين الطبيعية . ولذلك فتشكيل السلوك المذكور وفقاً لهذه الأنماط لا بد أن يكون بالضرورة رهيناً بالوعد أو الوعيد . غير أن التسليم بتجاوز موضوع القانون تحديد أنماط السلوك من شأنه أن يؤدى إلى عدم ربط وجود القانون بتوافر الجزاء ، على نحو يكون معه من المتصور وجود قواعد قانونية لا يقوم على كفالة احترامها بالضرورة جزاء مادى معين .

---

(١) فى هذا المعنى :

Paul Amselek, op. cit., d. 247 et s.

(٢) Paul Amselek, op. cit., p. 221 et s.; Maurice Bouvier Ajam, Le matérialism historique dans l'étude du droit, Paris, 1969, No. 9 et 10.

وعلى هذا النحو فقد كشفت الدراسات الحديثة عن أن الجزاء المادى – فى حالة توافره بالفعل – يعتبر أمراً خارجاً عن حقيقة القاعدة القانونية ذاتها ومضافاً اليها . فالجزاء من ناحية أولى يتمثل فى مجرد « أثر » معين يخول القانون ذاته للقاضى ترتيبه بناء على تقييمه للسلوك المعروض عليه وفقاً للقاعدة القانونية، فتقوم سلطات الدولة – بما يخولها القانون من وسائل – بتحقيقه (١) . والقاضى فى قيامه بهذا الدور لا يعدو أن يكون موظفاً مهمته اصدار قرار يعطيه القانون قوة النفاذ (٢) . والجزاء من ناحية أخرى لا يلحق بالقاعدة القانونية ذاتها وانما يلحق بالأفراد الذين يأتون سلوكاً مخالفاً لما تضعه من أنماط للسلوك الاجتماعى أو بسلوكهم المستقبل (٣) .

وعلى هذا النحو فان قوة الالزام المصاحبة لوجود القاعدة القانونية – وسواء توفر لها الجزاء أو لم يتوفر – هى قوة ذاتية تكمن فى القاعدة ذاتها ولا ترتبط بعناصر خارجة عنها . ولذلك فقوة الالزام المذكورة ليست «حقيقة» مستقلة وخارجة عن القاعدة وانما مجرد «معنى» أو «علاقة منطقية» تستخلص من فكرة القانون ذاتها ولا تتجاوزها إلى خارج تكوينها الداخلى أو مفهومها (٤) .

ولعل التأمل فى بنيان القواعد المدنية بصفة خاصة يكشف عن أن الجزاء لا يكاد يظهر فى هذه القواعد كعنصر خارج عنها ومضاف اليها . فنحن

---

(١) فى هذا المعنى ، أنظر :

J. Normand, op. cit., No. 20 et s.

(٢) Paul Amselek, op. cit., p. 221 et s.

(٣) المرجع السابق فى الموضع السابق .

(٤) فى هذا المعنى : عبد الرحمن عياد ، الالتزام العقدى ١٩٧٢ ص ٤٣٢ ؛

Paul Amselek, op. cit., p. 275; Marty et Raynaud, Droit Civil, Paris, T. 1, 1961, No. 34 et 35.

نتكلم مثلا عن البطلان وعدم السريان والفسخ ، كما نتكلم عن التنفيذ العينى والتعويض وسقوط الحق ، باعتبارها جميعاً جزاءات مدنية ، على نحو يبدو الأمر معه كما لو كانت هذه الجزاءات مستقلة عن القواعد التى تقوم على كفالة احترامها . ولكن الأمر لا يعدو فى الواقع أن يكون ربطاً متتابعاً بين أمور كل منها يؤدى للآخر فى سلسلة متصلة ، على نحو يستحيل معه التوقف عند احدى الحلقات للقول بأنها تمثل قاعدة السلوك وعند الأخرى للقول بأنها تمثل الجزاء على مخالفة هذه القاعدة . فعدم مشروعية محل العقد أو سببه مثلا ، ووجود عيب فى الارادة ، أو كون المعقود عليه غير مملوك للعاقد فى بعض الأحيان ، وعدم تنفيذ الالتزام ، يترتب عليها البطلان أو عدم السريان أو الفسخ أو التنفيذ العينى . وهذا الأمر أو ذاك قد يكون مانعاً من المطالبة بالمعقود عليه إذا لم يكن قد تم تسليمه ، أو شرطاً لاسترداده إذا ما كان قد سلم من قبل ، أو سبباً للمطالبة به . واستحالة الاسترداد أو استحالة المطالبة بالمعقود عليه — عند وجوب أى منهما — ترتب التعويض. ثم ان عدم المطالبة بالبطلان أو الرد أو التنفيذ العينى خلال مدة معينة قد يترتب عليها سقوط الحق فيه . وهكذا إلى ما لانهاية ، بحيث لا يمكن التمييز بين القاعدة والجزاء إلا فى علاقة مرحلتين متتابعتين من هذه المراحل وبحيث يبدو الجزاء كمجرد أثر معين يترتب على وضع سابق كما يبدو دور القاضى منحصراً فى مجرد استخلاص هذا الأثر وايداعه قراره .

وإذا كانت القاعدة القانونية ، على النحو السابق ، تستمد قوتها الملزمة من حقيقتها ذاتها ولمجرد كونها قاعدة قانونية ، فان المنطق يقتضى التسليم بأن إعمالها لا يتوقف بالضرورة على علم الأفراد بها (١) . آية ذلك أن القاعدة القانونية تطبق حتى فى شأن من لا يعيها (٢) ، كما تطبق بأثر مباشر على التصرفات السابقة على نفاذها فيما تخلفه هذه التصرفات من أوضاع مستمرة

---

(١) عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق فى الموضع السابق .

(٢) Paul Amselek, op. cit., p. 236.

يتجاوز استمرارها إلى النطاق الزمنى للقاعدة القانونية الجديدة (١) . ولذلك فيمكن القول بأن المنطق القانونى البحت يتلاءم تماماً مع مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون كلما تخلف الجزاء المادى – بالمعنى الدقيق – كعنصر خارج عن ماهية القاعدة القانونية ومضاف اليها .

المبحث الثانى

الجهل بالاحكام المدنيه والتصور الجدلى للبنيان القانونى

١٧ – لعل أول ما يتبادر إلى الذهن من القول بتصور جدلى للقانون هو جدلية العلاقة بين القانون وبين البنيان الاجتماعى ، بمعنى النظر إلى القانون كعنصر من عناصر الحقيقة الاجتماعية الكلية يتأثر بعناصرها الأخرى ويؤثر فيها (٤) . غير اننا نقصد بالتصور الجدلى فى هذا المجال المعاملة الجدلية للظاهرة القانونية فى جانبها الفنى أو الصياغة الجدلية للادوات التى التى يتوصل بها القانون إلى تحقيق وظيفته فى الضبط الاجتماعى . ولذلك فهذا التصور لا يرد على العلاقة بين القانون وبين الحقيقة الاجتماعية الكلية وانما يرد على العلاقة بين الوحدات الأولية التى يتألف منها البنبان القانونى ، تلك العلاقة التى تشكل هذا البنيان فى كليته .

والواقع ان مبعث ادخالنا الفكرة الجدلية فى الصياغة القانونية كمنطلق لمعالجة مشكلة الجهل بالقانون هو ما سبق أن لاحظناه من ارتباط ضرورة العلم بالقانون كشرط لقيام الخطاب فى حق الأفراد بفكرة انماط السلوك التى يضعها القانون على وجه التحديد،وليس بفكرة القانون فى ذاته وعنصر الالزام فيه . فهذا الارتباط يقتضى منا ايضاح مكان فكرة التكليف من البناء القانونى ذاته ايضاحاً نستمد منة تصورنا لحلول مشكلة الجهل بالقانون .

على أن هذا الارتباط ذاته من شأنه أن يمكن من التميز بين مستويين

---

(١) Paul Amselek, ap. cit., 236.

(٢) idem, p. 239.

(٣) فى هذا المعنى :

Hossam M. ISSA, op. cit., p. 15 et s.

من مستويات «التجربة القانونية» التى يمكن أن يواجهها الفرد . فكل فرد يواجه القانون كمخاطب بأحكامه . ولكن الفرد قد يتخذ من العلم بالقانون مهنة فتنشأ بينه وبين القانون علاقة جديدة يغلب عليها الطابع المهنى لا طابع التكليف . ولاشك ان ارتباط مشكلة الجهل بالقانون بفكرة التكليف انما يكون فى التجربة الأولى : تجربة الفرد كمخاطب بأحكام القانون . أما فى التجربة الأخرى ، فمشكلة الجهل بالقانون انما ترتبط فى الواقع بأصول المهنة وواجباتها ، على نحو يمكن أن تأخذ معه حلولاً متميزة عن الحلول التى تأخذها فى التجربة الأولى .

على هذا النحو فسوف نواجه هذا المبحث فى مطالب ثلاث : نعرض فيها للتصور الجدلى للبنيان القانونى ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية ، ثم للاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف ، وأخيراً للاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة الواجب المهنى .

المطلب الأول : التصور الجدلى للبنيان القانونى ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية .

المطلب الثانى : الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف .

المطلب الثالث : الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة الواجب المهنى

المطلب الأول

التصور الجدلى للبنيان القانونى ونطاق الاعتذار بجهل الأحكام المدنية

١٨ — يرجع فشل النظرية القانونية التقليدية — كما رأينا — فى الامساك بحقيقة البنيان القانونى بصفة عامة وفى اعطاء تصوير نظرى متماسك لمشكلة الجهل بالقانون بصفة خاصة ، إلى نقطة البداية فيها وهى الايديولوجية المثالية التى كانت مسيطرة على الفكر الانسانى ابان صياغتها . ولذلك لم يكن غريباً ان تجعل من علم القانون «عالماً من الأفكار المغلقة» (١) ، تأتى من عل

(١) M. Villey, Marx et le droit romain, Publication de l'institut de droit romain, Paris, 1958 (cité par Hossam M. ISSA, op. cit., p. 3).

لتوجه الواقع القانونى دون نظر لمدى قابلية الواقع المذكور لمثل هذا التوجيه .

ولقد كان للماركسية وما أثارته من تيارات فكرية مختلفة فضل توجيه النظر إلى أن وجود القانون انما يرتبط «بالوجود الانسانى ، وعلاقاته الخلاقة بما يحيط به من معطيات » (١) ، وأن « تصرفات الانسان الفرد لا تكتسب معناها الا بنسبتها إلى غيره » (٢) من الأفراد . كذلك كان لهذه وتلك فضل كبير فى توجيه النظر إلى العلاقة الجدلية التى تربط مختلف الظواهر الاجتماعية بما فيها ظاهرة القانون . غير أن مكتسبات العلم القانونى فى هذا الشأن ما تزال بعيدة عن أن تجد طريقها إلى «المعاملة المنطقية» للظاهرة القانونية أو إلى الجانب الفنى لهذه الظاهرة باعتباره احد فروع المعرفة القانونية . فالجانب الفنى فى القانون ما زال احتكاراً للمنطق الشكلى بعيداً عن متناول المنهج الجدلى الحديث (٣) .

والواقع ان الصياغة القانونية ما كانت لتستعصى على المنهج الجدلى لولا أن ربط الفكر الماركسى الجدلى بين القانون ومختلف الظواهر الاجتماعية قد صاحبه «تخفيض» القانون إلى مجرد علاقات «لا تتميز عن العلاقات الاجتماعية الأخرى بكيان موضوعى مستقل » على نحو لا يتصور معه فصلها عنها واخضاعها — كظاهرة مستقلة — للدراسة العلمية (٤) . فلما تطور الفكر القانونى الماركسى نحو الاعتراف بالظاهرة القانونية ككيان موضوعى مستقل عن الروابط الاجتماعية — بما فيها الروابط القانونية —

---

(١) NICOS Ar. Poulantzas, Nature des choses et droit, Essai sur la dialictique du fait et de la valeur, Paris, 1965, p. 63.

(٢) المرجع السابق ص ١٢٠ .

(٣) فى هذا المعنى :

K. Stoyanovitch., De quel usage peut être en logique juridique le "dialectique" au sens moderne hégélien et marxiste du mot? Archives de phil. de droit, op. cit. p. 161.

(٤) فى انكار الماركسية للجانب الموضوعى فى القانون ، أنظر :

A. Stoyanovitch, La philosophie du droit en U.R.S.S., 1971—1935, Paris, 1965, idem., Marxisme et droit, Paris, 1964.

ظل هذا الفكر متهيباً من مواجهة الظاهرة القانونية فى جانبها الفنى خشية الانزلاق نحو الفصل بين القانون وبين البناء الاجتماعى . ولكن هذه الخشية لا يجب أن تحجب الحقيقة من أن الصياغة القانونية تعتبر احد فروع المعرفة القانونية التى لا تنفصل معاملتها عن معاملة الفروع الأخرى لهذه المعرفة ، على نحو يلزم معه اتباع ذات المنهج الجدلى فى دراسة الجانب الفنى من القانون

على انه إذا ما تجاوزنا خصوصيات الفكر الماركسى فاننا نجد أن اغلاق باب الصياغة القانونية أمام المنطق الجدلى يرجع فى الواقع إلى تصوير القانون كمجموعة من القواعد العامة المجردة ، ذلك التصوير الذى كان نتيجة حتمية لروح الشرعية التى غلبت على نظرية القانون طوال القرن الماضى . ولذلك فاتخاذ المنطق الجدلى أساساً لدراسة الجانب الفنى فى القانون رهن بإمكان تجاوز فكرة القاعدة القانونية فى عموميتها وتجريدها إلى أداة أخرى تمكن من « تجسيد » « المحتوى القانونى » والامساك بالأثر الذى يقتضيه خطاب القانون فى وقائع « العالم الاجتماعى » على اختلافها واختلاف وجه النظر اليها . ولعل هذا التجاوز قد أصبح قريب المنال بعد أن صار للعرف والقضاء الدور الذى نعرفه فى نظرية مصادر القانون . ذلك أن القاضى عندما يطبق العرف أو يتجاوز الإعمال المباشر للنص التشريعى لا يمكن أن يكون دوره هو ذات الدور الذى يقوم به المشرع فى صياغة القواعد العامة المجردة (٢) . لذلك فليس بمستغرب أن تدفع هذه الملاحظة بعض مؤرخى القانون (٣) إلى البحث فى المعنى الأصلى الذى كانت تحمله كلمة Droit وأن يسجلوا فى هذا الشأن أنها كانت تعبر عن وصف للتصرف أو السلوك أو العلاقة الانسانية قبل أن تأخذ معنى القاعدة القانونية فى العصور الحديثة .

---

(١) قارن :
Edmond Jorien, De la sociologie juridique, 1967, p. 85 et s.

(٢) M. Villey, Seize essais de philosophie du droit, Paris 1969, p. 18 et s. et p. 22 et s.

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٤ . وقارن :
Del Vecchio, Philosophie du droit, Paris, 1953, p. 270.

١٩ – ولعل نظرة سريعة على النظرية العامة للقانون كما تصورها نظرية أصول الفقه الاسلامى توضح لنا إلى أى حد يمكن تجاوز فكرة القاعدة القانونية كأداة للتعبير عن «المحتوى القانونى» إلى فكرة أخرى أكثر دقة وأقرب إلى الكشف عن تباين وحداته المكونة وما يجمع بينها من علاقة تبادلية . «فالقانون» فى هذه النظرية يتكون لا من قواعد مجردة وانما من أحكام تفصيلية ، تعبر عن أثر أو آخر من الآثار التى يقتضيها خطاب الشارع فى أفعال العباد وتعرف بالأحكام الشرعية (١) . ويختلف نوع الحكم باختلاف وجه اسناد فعل العبد (٢) . فالفعل من حيث اسناده إلى العبد الذى يأتيه ذاته يعتبر محلا لحكم تكليفى هو الوجوب أوالتحريم أو الاباحة بالنسبة لهذا العبد ، تبعاً لما إذا كان الخطاب يدل على طلب اتيانه أو على طلب تركه أو على التخيير بين اتيانه وتركه . والفعل من حيث اسناده إلى غير ذلك من الأمور – سواء كانت أفعالا أخرى للعبد الذى يأتيه أو لغيره أو كانت أى أمر آخر ليس فعلا للعبد – يعتبر محلا لحكم وضعى هو السببية أو الشرطية أو المانعية – بالنسبة لهذه الأمور – تبعاً لما إذا كان الخطاب يجعل منه سبباً أو شرطاً لها أو مانعاً منها . والفعل ذاته من حيث ترتب المقصود منه عليه أو عدم ترتبه يكون حكمه الصحة أو البطلان أو الفساد ، تبعاً لتوافر أو عدم توافر سببه وشروطه وانتفاء موانعه . وقد ألحق معظم الفقهاء هذه الأحكام الأخيرة بالحكم الوضعى بينما اعتبرها البعض أحكاماً عقلية بحتة تترتب دون حاجة إلى خطاب الشارع .

ونظرة سريعة إلى النصوص المدنية تكشف عن امكان الامساك بمضمونها عن طريق فكرة الحكم وأقسامه المختلفة . فاذا ماأخذنا – وبصفة موقتة – أمثلة من نظرية العقد ، فانه يمكن القول بأن قاعدة العقد شريعة

---

(١) عباس متولى حماده ، أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٨ هـ – ١٩٦٨ م ، ص ٢٧٥ ومابعدها ، محمد وجدى عبد الصمد ، الجهل بالأحكام المدنية فى الشريعة والقانون ، والقانون ، بمجلة القضاه ، العدد السادس ، السنة الثالثة ، سبتمبر ١٩٧٠ ، ص ٢٤٨ وما بعدها .

(٢) فى هذ المعنى ، أنظر : شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى أصول الفقه ، الجزء الأول ص ١٢ والجزء الثانى ص ١٢٢ وما بعدها .

المتعاقدين تضع حكماً تكليفياً هو الوجوب بالنسبة لتنفيذ العقد ، وأن القواعد التي تمنع التعاقد على محل غير مشروع مثلا تضع حكماً تكليفياً هو التحريم وأن القاعدة التي تضع الأصل في جواز التعاقد تضع حكماً تكليفياً هو الاباحة .

وإذا ما تابعنا البحث وراء فكرة العقد في النصوص المدنية وجدنا أن نص المادة ٩٣٥ مدني على أن «الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشترى .. » يضع حكماً وضعياً هو السببية بجعله البيع سبباً للشفعة (١) ، وأن نصوص قانون المرافعات وقانون المحاماة التي تشترط توقيع محام على عريضة الطعن بالنقض تضع حكماً وضعياً هو الشرطية بجعلها التعاقد مع محام شرطاً لقبول الطعن (٢) ، وان المادة ٤٥٧ مدني بنصها – بعد اثباتها حق المشترى في حبس الثمن – على أنه «ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا»، تضع حكماً وضعياً بجعلها ابرام الكفالة مع البائع مانعاً من جبس الثمن (٣) . ويمكن أن نضيف إلى ذلك ما هو معروف – من خلال النصوص المختلفة – من أن العقد الذى تتوافر أركانه وشروطه وتنتفي موانعه يكون صحيحاً نافذاً مرتباً لآثاره، وان تخلف هذا الأمر أو ذاك يجعله باطلا أو غير نافذ أو غير مرتب لأثره .

٢٠ – ومن الواضح ان هذه المعاملة المنطقية للظاهرة القانونية لا تجعل من القاعدة القانونية – في شمولها الذى يخلط بين عديد من الأحكام المختلفة في مضمونها – الخلية الأولى للقانون . فهذه الخلية تتمثل في الحكم ذاته كوصف لفعل كل مخاطب بالقانون في تفرده عن غيره من الأفعال وفي وجه اسناده . وعلى هذا النحو ففكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية تمكن من التعبير عن اختلاف الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع في أفعال المخاطبين بالقانون باختلاف هذه الأفعال ، على نحو ما نراه في أقسام

---

(١) في هذا المعنى : جلال العدوى ، الاجبار القانوني على المعارضة ، ١٩٦٥ ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ص ٧٩ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ص ١٠٠ وما بعدها .

الحكم التكليفى ، واختلاف علاقة هذه الأفعال بمعطيات العالم الخارجى الأخرى ، على نحو ما نراه فى أقسام الحكم الوضعى . وعلى هذا النحو أيضاً فمكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية تمكن من الامساك بالعلاقة الجدلية التى تحدد وضع أفعال العباد بالنسبة لبعضها أو بالنسبة لمعطيات العالم الذى تتواجد فيه .

كذلك من الواضح ان هذه «المعاملة» تستجيب إلى ما سبق أن انتهينا اليه من أن القانون ليس أداة للاجبار بقدر ما هو أداة للتقييم . فالحكم كما رأينا ليس الا الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى أفعال المخاطبين تكليفاً كان أو وضعاً ، وبصرف النظر عن الفعاليـــة المكفولة لمقتضى الأثر المذكور . ولذلك فهذه المعاملة تتفادى الصعوبات التى تواجهها النظرية القانونية التقليدية من جراء الفصل بين انماط السلوك والجزاء مع اعتبار كل منها عنصراً فى القاعدة القانونية ، عن طريق التصوير الجدلى للعلاقة المنطقية بين أحكام القانون المختلفة .

٢١ — والحكم — تكليفياً كان أو وضعياً — يكون ملزماً بذاته ودون حاجة إلى علم المخاطب به علماً مسبقاً ، من حيث هو أثر لخطاب الشارع ، على نحو ما انتهينا اليه بصدد ايضاح القوة الملزمة الذاتية للقانون . غير أن نوعى الحكم يختلفان بعد ذلك فيما يختص بتعلق كل منهما بفعل المكلف عند صدوره منه .

فالحكم الوضعى من حيث هو «وضع أو جعل» من الشارع لا يتوقف على ادراك المخاطب ، يتعلق بالفعل بمجرد صدوره تعلقاً تلقائياً ، استناداً إلى القوة الملزمة التى لهذا الحكم وحدها ودون نظر إلى علم المخاطب أو عدم علمه به . ولذلك ففى الأمثلة السابقة ينشأ الحق فى الشفعة بمجرد بيع العقار ويكون الطعن مقبولاً بمجرد توقيعه من محام ويزول الحق فى الحبس بمجرد

ابرام الكفالة ، سواء كان أصحاب الشأن يعلمون أولا يعلمون بهذه الأحكام وبالأدلة المثبتة لها (١) .

أما الحكم التكليفي ، فمن حيث إنه لا يتمثل فى مجرد «وضع» أو «جعل» من الشارع وانما يتجاوز ذلك إلى طلب الفعل أو طلب تركه أو التخيير بينهما ، فأمره يختلف . ذلك ان الطلب يستلزم إدراك المطلوب منه لحقيقة المطلوب ، ادراكاً يفترض علمه بالحقيقة المذكورة (٢) . فتحريم التعاقد على شيء غير مشروع مثلا أو ايجاب الوفاء بالعقود ، أحكام تكليفية يفترض إعمالها علم المكلفين بحقيقة ما تتضمنه من تكليف .

وعلى هذا النحو فمشكلة الجهل بالقانون لا تتعلق بالقانون فى كليته وانما تتعلق بفصيلة محددة من أحكامه هى فصيلة الأحكام التكليفية . فالأحكام الوضعية هى آثار تلقائية لخطاب الشارع تترتب مباشرة استناداً إلى وجود هذا الخطاب ذاته ودون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها . أما الأحكام التكليفية فهى آثار يتوقف ترتيبها فى حق المكلف على علمه بما عليه من تكليف من بعد وجود خطاب الشارع المتضمن لها . وترتيباً على ذلك فيبدو أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يفرض نفسه على المنطق القانونى الا فيما يتعلق بأحكام التكليف وحدها . ولعل فى ذلك ما يمكن أن يفسر امكانية تطبيق القانون تطبيقاً رجعياً بنصوص تشريعية ، إذ الأمر يتعلق بأحكام وضعية دائماً فى هذه النصوص .

---

(١) فى هذا المعنى : نقض ١٩٦٥/٤/٨ (مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٦ رقم٧٧ ص ٤٧٦) حيث قرر الحكم أنه « إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماه (الذى يوجب توقيع محام على صحف الدعاوى) إلى ماقررته الطاعنة فى مذكرتها من أن المدة التى مضت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث ، فان هذا الاستناد خطأ فى القانون » . ولكن المحكمة تسترسل بعد ذلك فتسند قضاءها إلى أن «عدم كفاية هذه المدة لايعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور» ، وهو اسناد لايمكن قبوله إلا بصدد الحكم التكليفى وحده دون الحكم الوضعى .

(٢) عباس متولى حماده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ ومابعدها .

والواقع ان فكرة الحكم التكليفي والحكم الوضعى ان كانت تبدو جديدة على فقه القانون المدنى الحديث ، فهى ليست كذلك بالنسبة لفقه المرافعات . فهذا الفقه يميز – كما هو معروف – بين أحكام «الالزام» وأحكام «التقرير» تمييزاً ينعكس أثره على تنفيذ كل منها. فالأولى وحدها هي التي تحتاج إلى تنفيذ جبرى (١). ولعل الجديد فى الأمر هو أن اتخاذ فكرة الحكم كأداة للصياغة القانونية ، والتفرقة فى هذا الشأن بين الحكم التكليفى والحكم الوضعى على غرار ما ذهبت اليه الشريعة الاسلامية ، لا يعتمد فكرة الحكم بمفهومها المألوف – وهو «قرار» القاضى فى نزاع مطروح عليه – وانما بمعنى الأثر الذى يقتضيه خطاب القانون ذاته . وبعبارة أخرى فالحكم المقصود ليس حكم القاضى وانما هو حكم القانون .

المطلب الثانى

الاعتذار بجهل الأحكام المدنية وفكرة التكليف

٢٢ – إذا كان الاعتذار بجهل القانون أمراً تفرضه حقيقة الأحكام التكليفية ، فانه يبقى بعد ذلك أن نحدد المقصود بالجهل الذى يصلح عذراً يمتنع معه تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف . وهـذا التحديد إنما يكون عن طريق تحديد المقصود بالعلم الذى يلزم توافره لدى المكلف لتعلق الحكم المذكور بفعله . وما دام البحث فى جهل القانون أو العلم به يقتصر – على النحو السابق – على طائفة الأحكام التكليفية ، فان تحديد معنى الجهل بالقانون أو العلم به يجب أن لا يرتبط بالضرورة بالمفهوم اللغوى لفكرة الجهل والعلم بقدر ما يرتبط بفكرة التكليف ذاتها ، والمعايير التى تحدد ما يمكن وما لا يمكن التكليف به .

ولعله من الواضح فى هذا الصدد أن فكرة القرينة القانونية على العلم بالقانون – التى يؤسس عليها مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون – تنبع

---

(١) فى هذه التفرقة ، أنظر : فتحى والى ، التنفيذ العينى فى القانون اللبنانى، ١٩٦٩، بند ١٩ وما بعده .

من الاحساس بأن ماهية التكليف تفترض علم المكلف به لتعلقه بفعله وتعطى لفكر العلم مفهوماً اصطلاحياً بحتاً يختلف تماماً عن مفهومها اللغوى . غير أن هذه الفكرة — نتيجة لعدم التمييز بين القوة الملزمة الذاتية للقانون وتعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف — تصل إلى حد افتراض العلم بأحكام القانون افتراضاً لا يقبل اثبات العكس ، فتصبح بذلك استجابتها لمقتضيات الحكم التكليفى مجرد استجابة «نفسية» لاتتجاوز الشكل إلى الحاول العملية : فالاستجابة لمقتضيات الحكم التكليفى من ضرورة علم المكلف به استجابة حقيقية تفترض امكان اثبات المكلف جهله بالحكم والاحتجاج بهذا الجهل لمنع تعلقه بفعله ، أيا ما كان النطاق الذى يعمل فيه هذا الاثبات وما يترتب عليه من احتجاج .

والواقع ان الاستجابة لطبيعة الحكم التكليفى فى تحديد المقصود بجهل القانون أو العلم به لا يقتضى أن نجعل — مسبقاً — من علم المكلف الفعلى بالتكليف شرطاً لتعلق الحكم التكليفى بفعله ، وانما يقتضى أن ننظر للعلم بالقانون هو الآخر كتكليف يسبق تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف ، وأن نعين حدود هذا التكليف المسبق على ضوء ذات المعايير التى تتحدد وفقاً لها فكرة التكليف .

على هذا النحو لا نجد غرابة فيما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية من تحديد المقصود بالعلم تحديداً يبعد به عن العلم الفعلى . فالمقصود بالعلم لديهم ليس العلم الفعلى بما يؤدى اليه ذلك من عدم تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف فى كل مرة يكون فيها المكلف جاهلا حقيقة التكليف بالفعل. وانما المقصود به امكانية العلم على نحو لا يمتنع معه تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف — رغم عدم علمه الفعلى بالتكليف — ما دام قد كان باستطاعته أن يعلم ذلك ، سواء بنفسه أو بواسطة غيره (١) . ولذلك فلا يمتنع تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف الا إذا كان يستحيل عليه العلم بمضمون التكليف . ويلحق بالاستحالة فى هذا الصدد المشقة الزائدة (٢) .

---

(١) عباس متولى حماده ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٣٨ وما بعدها .

ومن الواضح ان قصر امتناع تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف على حالة العلم بالتكليف أو مشقته الزائدة على هذا النحو ، مرجعه أن هذه هى بعينها الحدود التى يقف عندها التكليف ذاته ، فكان من الطبيعى أن لا يتجاوزها اشتراط العلم بالتكليف لتعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف .

٢٣ — وإذا ما أردنا صياغة حديثة لفكرة العلم بحدودها السابقة ، فانه يمكن القول بأن هناك واجباً «مبدئياً» على عاتق الكافة بالتعرف على أحكام القانون التكليفية — للتصرف على مقتضاها من بعد — يماثل فى فكرته فكرة الواجب العام بعدم الاضرار بالغير أو واجب الوفاء بالعقود (١) . ولذلك فاذا كان جهل المكلف بحكم القانون مرجعه تقصيره فى القيام بهذا الواجب ، فان الحكم التكليفى يتعلق بفعله على الرغم من عدم علمه به ما دام عدم العلم مجرد نتيجة لتخلفه عن أداء الواجب المذكور .

وقد يبدو لأول وهلة أن فكرة الواجب يمكن أن تؤدى فى منطقها البعيد إلى ما تؤدى اليه فكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون من عدم امكان الاعتذار بجهل القانون ، سواء تعلق الأمر بحكم تكليفى أو بحكم وضعى . غير أن النظر إلى واجب العلم كمجرد واجب ببذل عناية وليس واجباً ببلوغ غاية — تأسيساً على أن الغاية المرجوة ليست مضمونة فى جميع الأحوال — من شأنه أن يفارق بين نتائج كل من المسلكين . ذلك ان هذا النظر يؤدى إلى أنه فى كل مرة يقوم فيها المكلف ببذل العناية المطلوبة منه للتعرف على أحكام التكليف دون أن يتوصل إلى العلم بها بالفعل ، يمتنع تعلق هذه الأحكام بفعله ويكون له أن يعتذر بجهله للافلات من

(١) لايسعنا إلا أن نسجل أننا قد وجدنا — بعد كتابة هذه السطور — أن هذه الفكرة قد وردت عرضاً فى مقال الأستاذ محمد وجدى عبد الصمد سابق الاشارة اليه ، وإن لم يفصح بجلاء عن مدى انحيازه لها ، حيث يقول (ص ٢٦٩) : «والحقيقة أن الاستثناءات السابقة (على مبدأ افتراض العلم بالقانون الجنائى) لا يمكن تبريرها إلا إذا كيفنا العلم بالقانون بانه التزام ، فيكون متصوراً أن نضع له القيود المستمدة من استطاعة العلم وأن نعمل القاعدة التى تقضى بأنه «لا التزام بمستحيل » والقاعدة التى تقرر أنه لا مسئولية بغير خطأ .....»

مقتضاها . فعدم تحقق النتيجة المرجوه من وراء بذل العناية الواجبة – وهى العلم الفعلى هنا – رغم بذل هذه العناية بالفعل يكون مرجعه القوة القاهرة . ولذلك فكلما كان العلم الفعلى مستحيلا رغم بذل العناية المطلوبة ، لم يكن هناك تقصير فى أداء الواجب وأمكن التمساك بجهل الحكم التكليفى للحيلولة دون تعلقه بفعل المكلف . وعلى هذا النحو يظل صحيحاً القول بأن مواجهة مشكلة الجهل بأحكام القانون فى إطار فكرة الواجب دون فكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون ، من شأنه أن يوصل إلى حلول تتفاوت بتفاوت أفعال المكلف ومدى امكان العلم بحكم كل منها .

على أنه يبدو أن تحديدنا لفكرة الاستحالة أوالقوة القاهرة على هذا النحو ان كان يتفق مع فقه الشريعة الاسلامية الذى يأخذ الاستحالة بمعنى واسع – فيسوى بين الاستحالة بمعناها المطلق وبين المشقة الزائدة – الا أنه لا يستجيب إلى تحديد القانون الوضعى لها . فالقانون الوضعى – على ما يبدو من الفقه والقضاء – يأخذ الاستحالة المكونة للقوة القاهرة بمعنى الاستحالة المطلقة (١) .

ومع ذلك فاذا كان تحديد مفهوم الاستحالة أو القوة القاهرة فى القانون الوضعى أمر يتجاوز نطاق بحثنا ، فانه لا يسعنا الا أن نلفت النظر إلى ما فى أخذ الاستحالة بمعناها المطلق من جمود لا يتفق مع المنطق أو الواقع (٢). فأخذ الاستحالة بهذا المفهوم معناه افتراض صفات فى الانسان تتجاوز طبيعته البشرية (٣) . والقوة القاهرة هى القوة التى لا يستطيع أن يتخطاها رب الأسرة المعنى بأمور نفسه (٤) . فكل قوة تستعصى على العناية المطلوبة

---

(١) أنظر فى ذلك : السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٩ ، بند ٢١٩ ومابعده ، ص ٤١٧ وما بعدها ، وبند ٨٥٦ وما بعده ، ص ٩٩٤ وما بعدها ، وأنظر كذلك J. Carbonnier, Droit Civil, T.4, 1969, p. 248 et les ar.êts y cités.

(٢) أنظر فى ذلك ، مؤلفنا :

L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Paris, 1967, Nº 247 et s.

(٣) J. Carbonnier, idem. p. 248

(٤) A. Tunc, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, R.T.D.C., 1945, p. 243 et s., Force majeure et absence de faute en matiere délictuelle, T.T.D.C. 1946, p. 171 et s.

من المكلف تحرره من التزامه ، على نحو يجب معه دائماً قياس هذه القوة على مضمون العناية التي يفرضها هذا الالتزام .

٢٤ — وإذا كان جهل القانون لا يتصور على النحو السابق الا بالنسبة للأحكام التكليفية ، وكان الاعتذار به يقتصر على حالة ثبوت عدم امكان العلم بهذه الأحكام رغم بذل العناية الى يفرضها واجب العلم بها ، فانه يصح التساؤل عن موضع ذلك الاعتذار وهذا الواجب من التكليف الأصلى الذى يراد الافلات من آثار تعلقه بفعل المكلف .

والواقع ان هذا الموضع لا يمكن البصر به الا فى ضوء التصور الجدلى السابق لأحكام القانون . فالتكليف حتى يقوم ، لابد أن يتوافر سببه وشروطه ، ولكنه لا يتعلق بفعل المكلف إذا وجد مانع من ذلك . فاذا تخلف السبب أو تخلف احد الشروط لم يقم التكليف. وإذا توافر هذا وذاك ولكن وجد مانع من الموانع امتنع تعلق التكليف بفعل المكلف . ومن الواضح ان عدم امكان العلم بالحكم التكليفى معناه وجود مانع من تعلقه بفعل المكلف بالرغم من توافر سببه وشروطه . لذلك فالاعتذار بجهل القانون انما يعنى وجود مانع يحول دون تعلق الحكم التكليفى بفعل المكلف — حتى يزول هذا المانع — دون أن يمس قيام التكليف بتوافر سببه وشروطه .

وترتيباً على ذلك فانه يمكن القول بأن واجب القيام بما يفرضه الحكم التكليفى واجب مستقل ومنفصل عن واجب بذل العناية المفروضة فى التعرف على التكليف. ولذلك فقيام التكليف شيء وامكان العلم به شيء آخر ، على نحو يتصور معه وجود الأول دون تحقق الثانى ، ومن ثم قيام التكليف دون أن يرتب آثاره فى حق المكلف .

المطلب الثانى
الاعتذار بجهل الاحكام المدنية وفكرة الواجب المهنى

٢٥ — اشرنا من قبل إلى أن موقف من يعمل فى الحقل القانونى من العلم بأحكامه يختلف عن موقف المخاطب به من هذا العلم . فهو أولا

يقف من القانون موقف المكلف فيخضع فى ذلك لما يخضع له كافة المكلفين. ولكنه فوق ذلك يقف منه موقف صاحب المهنة فيخضع فى ذلك لما تفرضه مهنته من واجبات . ولذلك فعلم القاضى أو المحامى أو غيرهم ممن يعملون فى الحقل القانونى يقتضى مواجهة أخرى مستقلة لا فى اطار فكرة التكليف وانما فى اطار فكرة «الوظيفة» أو «المهنة» .

١ ـ الاعتذار بجهل الاحكام المدنية وواجب القاضى الفصل فى النزاع :

٢٦ — سبق أن اشرنا إلى ما درج عليه الفقه من الربط بين التزام القاضى بتطبيق القانون من تلقاء نفسه — وسلطته فى ذلك — وبين مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ولذلك فقد استغرب البعض بحق — فى ظل هذا الربط — تساهل محكمة النقض مع القاضى الذى يجهل القانون فى وقت لا تتساهل فيه مع الأفراد المكلفين فى هذا الصدد ، كما بدت حيرة البعض الآخر أمام ما يجرى عليه القضاء من تكليف الخصوم باثبات العرف أو بإثبات القانون الأجنبي .

والواقع ان مواجهة جهل الانسان الفرد بالقانون فى ضوء موقفه منه من شأنها التنبيه إلى ضرورة الفصل بين جهل المخاطب وجهل القاضى . فجهل المخاطب جهل للتكليف الواقع عليه ، يجد حلوله فى ضوء فكرة التكليف العام الواقع على الكافة . أما جهل القاضى فهو جهل بما يلزم لمباشرة وظيفته فى «قول» القانون فى النزاع المطروح عليه . ولذلك فان حلول مشكلة جهل القاضى بالقانون لابد أن تختلف عن حلول مشكلة جهل المخاطب به .

فجهل المخاطب — باعتباره مكلفاً — لا يثور الا بصدد الحكم التكليفى ويظهر أثره فى اختيار الحل الواجب للنزاع ، ويقتضى استبعاد آثار الحكم التكليفى عندما يثبت استحالة علم المكلف به على النحو المتقدم . أما جهل القاضى — باعتبار أن وظيفته هى حل النزاع وفقاً لأحكام القانون — فيمتد إلى كافة أحكام القانون — التكليفى منها والوضعى — ويظهر أثره فى الخطأ

فى تطبيق القانون على النزاع المطروح ، ويقتضى اعادة إعمال القانون على النزاع من جديد .

وترتيباً على ذلك فواجب المخاطب العلم بالقانون هو واجب ببذل عناية يتمثل فى العلم بالأحكام التكليفية التى يكون العلم بها ممكناً ، تمشياً مع موقفه من القانون كمكلف بأحكامه . أما واجب القاضى العلم بالقانون فهو واجب بتحقيق نتيجة يتمثل فى المعرفة المطلقة بأحكام القانون ، تمشياً مع واجبه المطلق فى «قول» القانون فى النزاع المطروح عليه . وهو فوق ذلك لا ينصب فقط على مضمون الأحكام التى هى محل لاستنباطه وانما يمتد كذلك إلى أدلة هذه الأحكام .

٢٧ — ولما كان واجب القاضى العلم بالقانون ينبع من وظيفته فى حل النزاع وفقاً للقانون ويمتد إلى أدلة الأحكام ، فان حدود هذا الواجب يجب البحث عنها فى اطار فكرة أدلة الأحكام ذاتها وليس فقط فى اطار فكرة التكليف . ولا شك لدينا ان واجب القاضى فى هذا الصدد يجد حدوده فى فكرة الاستحالة . غير أن هذه الاستحالة ليست مجرد استحالة العلم بالحكم ذاته وانما استحالة «الامساك» بدليلة فى المقام الأول . ومن هنا كان هناك محل لتفاوت الحلول فيما يتعلق بواجب القاضى العلم بالقانون باختلاف ما إذا كان الدليل تشريعاً (وطنياً) أو عرفاً أو عادة أو قانوناً أجنبياً . كذلك فهذه الاستحالة لاتؤدى إلى إعفاء القاضى من واجبه فى « قول » القانون وانما تؤدى إلى إعفائه من النظر فى الدليل الذى استحال عليه العثور على الحكم فيه وتخويله الرجوع إلى الدليل التالى له فى سلسلة الأدلة التى يجوز له الرجوع إليها .

فاذا كان من الواضح امكان علم القاضى دائماً بالتشريع (الوطنى) على نحو يلزمه بتطبيقه من تلقاء نفسه ويحرمه من امكانية طلب اثبات وجوده من الخصوم ، فان الأمر جد مختلف بالنسبة للعرف والعادة . فالعرف والعادة ليست سنناً تتضمنها وثائق يستطيع القاضى الرجوع اليها دائماً من تلقاء نفسه ، وانما مجرد «حلول» يتواتر العمل بها فى مكان أوزمان معين أوبالنسبة لطائفة من طوائف المخاطبين بالقانون . ولذلك فمن المتصور ألا يتحقق العلم الفعلى بهذه

الحلول بالنسبة لفرد أو آخر ، مع « توافر امكانية» العلم بها دائماً عن طريق وسيط من المتصلين بالمكان أو الزمان الذى يتواتر العمل بالحلول المذكورة فيه. ومن الواضح أن ارتباط امكانية العلم بتلك الحلول بالالتجاء إلى وسيط على هذا النحو ان كان لا يحول دون تعلق الحكم المنبثق عنها بفعل المكلف فهو يحول دون فرض واجب على القاضى بالعلم بها علماً تلقائياً مباشراً ، ويقتضى ربط مثل هذا الواجب الأخير بتمكين القاضى من الالتجاء إلى وسيط يستقى منه دليل حكم العرف أو العادة . ومن هنا كان طبيعياً أن تخول القاضى سلطة طلب اثبات العرف أو العادة من الخصوم (١) ، فى الوقت الذى يكون له فيه أن يقوم بإعماله من تلقاء نفسه كلما توافر له العلم التلقائى المباشر بدليلة . فان لم يتيسر للقاضى العلم بالعرف أو العادة على هذا النحو أو ذاك لم يكن أمامه الا أن يتجاهل أيا منهما عند الفصل فى النزاع المطروح عليه .

ومن الواضح أن هذه النتيجة ان كانت لا تتعارض مع الصفة الملزمة للعرف أو العادة — طالما كان موقف القاضى من العلم بالعرف أو العادة ليس موقف المكلف وانما موقف «الحكم» فى النزاع — الا أنها قد تبدو لأول وهلة متناقضة مع واجب القاضى المطلق فى الفصل فى النزاع . غير أن الواقع ان رفض القاضى إعمال حكم العرف أو العادة المدعى والذى لم يثبت لديه الدليل عليه ، ليس معناه نكوله عن الفصل فى النزاع وانما معناه البحث عن الحل الواجب فى مصادر الأحكام الأخرى ، مما تزول معه شبهة هذا التعارض .

٢٨ — وما قلناه فى العرف والعادة يكاد ينطبق تماماً على القانون الأجنبي . فالقانون الأجنبي يعتبر قانوناً — وليس مجرد واقع — ويستمد قوته الملزمة من ذاته لا من إعمال القاضى له . والربط بين قوة القانون

---

(١) أنظر فى هذه المشكلة من حيث وضعها النظرى والعملى :
J. Normand, op. cit., N° 219 et s., P. 206 et s.

الأجنبي الملزمة وبين إعماله ليس الا نتيجة للخلط بين القوة الملزمة الذاتية للقانون وبين توافر الاجبار على احترامه .

وعلم القاضي بالقانون الأجنبي الذى تشير اليه قاعدة الاسناد هو فى المقام الأول علم بالدليل وليس مجرد علم بمضمون الحكم ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للقانون الوطني . ولذلك فواجب القاضي العلم بالقانون الأجنبي — كواجبة العلم بالقانون الوطني — يختلف عن واجب الأفراد فى كونه لا يتوقف عند الحكم التكليفي وانما يمتد إلى الأدلة بكل ماتفصح عنه من أحكام أيا كان نوعها . غير أن العلم بهذا الدليل تلقائياً وبطريق مباشر قد يكون مستحيلا على القاضي . وهذه الاستحالة لا ترجع بالضروة لعدم تمثل الدليل فى سنن تتضمنها وثائق — كما هو الحال فى العرف والعادة — وانما قد يرجع إلى تعذر حصول القاضي على الوثائق المثبتة لأحكام القانون الأجنبي بالوسائل المباشرة المتاحة له . ولذلك فواجب القاضي العلم بالقانون الأجنبي لا يمكن تصوره الا مع تمكينه من الالتجاء إلى وسيط يقدم له الدليل على أحكامه. ومن هنا كان للقاضي أن يطلب من الخصم الذى يتمسك بحكم قانون أجنبي تقديم الدليل المثبت لهذا الحكم ، وكان له أن يتجاهل طلب الخصم إعمال حكم القانون الأجنبي كلما تخلف علمه المباشر به واستحال على الخصم اثباته أمامه .

ومن الواضح أن تكليف الخصم بالاثبات لا يتعارض مع حدود واجب الخصوم العلم بالقانون الأجنبي من حيث كونهم مكلفين (١) . فالفرض

---

(١) على أن الشك قد يثور مع ذلك فيما يتعلق بوجوب معاملة قواعد القانون الأجنبى ذات المعاملة الى تلقاها قواعد القانون الوطنى بشأن مشكلة الجهل بالقانون . ومبعث ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى قضية «ليزاردى» الشهيرة من أنه «لايجوز أن يفترض فى الشخص الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد » (أنظر : هشام صادق ، المرجع السابق ، بند ١٦٣) ، وما نصت عليه بعد ذلك المادة ٢/١١ من القانون المدنى المصرى من أنه «..... فى التصرفات المالية الى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى نقص أهليته » . =

ان من يكلف بتقديم الدليل على حكم القانون الأجنبى هو ذات الخصم الذى يتمسك به (١) . كذلك من الواضح ان عدم تطبيق القاضى لحكم القانون الأجنبى الذى تشير اليه قاعده الاسناد عند عدم قيام الدليل عليه لا يتعارض مع القوة الملزمة التى لهذا القانون ، ولا يتعارض بالمثل مع واجب القاضى الفصل فى النزاع ما دام له فى هذه الحالة أن يقوم بحل النزاع وفقاً لقانون آخر أيا ما كان هذا القانون (٢) .

٢ ـ الاعتذار بجهل الاحكام المدنية ومسئوليه العاملين فى الحقل القانونى :

٢٩ — وإذا ما تجاوزنا موقف القاضى من القانون عند قيامه بتطبيقه فإن مشكلة الجهل بالقانون تظل واردة مع ذلك عند البحث فى مدى

= والواقع أن عبارات محكمة النقض الفرنسية تنبع من عدم ادراك المفهوم الصحيح لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون والنطاق الذى يعمل فيه . ذلك أن عدم جواز الا عتذار بجهل القانون لا يقوم فى الواقع على افتراض العلم به ، وانما يقوم على أن إعمال القانون لايتوقف على إدراك المكلفين . وعدم جواز الاعتذار بجهل القانون على هذا النحو يقتصر على أحكامه الوضعية دون الأحكام التكليفية . ومن الواضح أن القواعد المقرره لسن الرشد تضع أحكاماً وضعية أو تقريرية لذلك فقد بدا اعتداد محكمة النقض الفرنسية بالجهل بهذه الأحكام مستعصيا على التبرير ، على نحو أدى بالبعض إلى الاعتراف بأن هذا القضاء لاتسنده سوى اعتبارات« المصلحة الوطنية التى الى تستلزم ألايضار الوطنى من تطبيق القوانين الأجنبية » (أنظر المرجع السابق ص ٥٩٨) . وأيا ما كانت شرعية موقف محكمة النقض الفرنسية ، فان هذا الموقف — فيما يبدو لنا — يتمثل فى انشاء حكم جديد — اعتنقه المشرع المصرى بعد ذلك — يستبعد إعمال أحكام القانون الأجنبى التى تجعل المتعاقد ناقص الأهلية إذا كان فى إعمال هذه الأحكام إخلال بحسن نية المتعاقدالآخر ، وليس فى استبعاد مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بصفة مطلقة وعامة . والقول بغير ذلك معناه امكان الاحتجاج بجهل جميع قواعد القانون الأجنبى ، وهو ما يبدو غير معقول(فى هذا المعنى : المرجع السابق ، ص ٦٠١ ومابعدها) .

(١) قارن : استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور ، مذكرات فى القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين ، ١٩٥٦ — ١٩٥٧ ، ص ١٥٩ ومابعدها .

(٢) فى هذا المعنى :

Motulesky, op. cit., No. 5.

وأنظر فى الخلاف على القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة : هشام صادق ، المرجع السابق بند ٧٤ ، ص ٢٣٩ ومابعدها .

مسئولية من يعمل فى الحقل القانونى بصفة عامة عما يترتب من ضرر للغير نتيجة لهذا الجهل . ولا يقتصر الأمر فى هذا الصدد على القاضى عندما يصدر قراراً مخالفاً للقانون يترتب عليه ضرر لأحد أطراف النزاع ، وانما يمتد الى جميع من تقتضيه وظيفته إعمال حكم من أحكام القانون كالمحضر مثلا ، أو تقتضيه اتخاذ مسلك قانونى كالمحامى ، أو اصدار فتوى قانونية كالمستشار القانونى .

غير أن مشكلة الجهل بالقانون فى هذه الحالة تظل متميزة كذلك عن مشكلة جهل المكلف بالحكم التكليفى . فالأولى تمتد لجميع أحكام القانون بينما تقتصر الأخرى على الأحكام التكليفية. والأولى يكون البحث فيها دائماً بصدد اثبات أو نفى المسئولية «المهنية» ، بينما الأخيرة يكون البحث فيها بصدد محاسبة المكلف أو عدم محاسبته وفقاً لمقتضى التكليف المجهول منه . حقاً ان الانتهاء إلى وجوب محاسبة المكلف بمقتضى التكليف الذى كان يجهله بالفعل قد يرتب مسئوليته على نحو ما سوف نراه . ولكن هذه هذه المسئولية تكون مسئولية عن السلوك المخالف لمقتضى التكليف ، بينما تكون مسئوليـــة من يعمل فى الحقـــل القانونى مسئوليـــة عن الجهل بالحكم فى ذاته وليست مسئولية عن سلوك مخالف لمقتضى التكليف ، إذ الفرض انه لم يأت بمثل هذا السلوك . وترتيباً على ذلك فان مسئولية المهنى عن جهله بالقانون لاينبغى أن تواجه فى اطار فكرة التكليف وحدودها وانما فى اطار واجبات مهنته ذاتها ، أو فى اطار فكرة الواجب المهنى بصفة عامة . وعلى هذا النحو فلا يكفى مثلا ان يثبت المهنى أن الحكم الذى كان يجهله ، والذى ترتب الضرر على جهله به ، كان من المستحيل الوصول اليه رغم بذل العناية الواجبة ـ لعدم امكان استخلاصه من النص مثلا ـ وانما يلزم لذلك أيضاً أن يثبت انه قد نبه صاحب الشأن إلى مثل هذا الأمر أو ذاك .

تطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ـ كما سبق أن اشرنا ـ بأن الموثق يكون مسئولا عن الغلط فى القانون ما لم يكن ذلك الغلط متعلقاً

بمسألة محل خلاف (١) ، ثم عادت من بعد فخففت من اطلاق هذا القضاء بقولها ان «هناك ظروفاً يكون فيها وجود الخلاف من شأنه جعل صحة أو فعالية الحقوق محل التصرف غير محققة ، ولا يمكن للموثق فيها ، دون أن يكون مسئولا .. ان يمتنع عن تنبيه الأفراد إلى المخاطر الكامنة فى امكانية حل قضائى يودى بهم ، تنبيها تخولهم عدم خبرتهم وثقتهم الحق فيه » (٢) . وعلى هذا النحو فالمحكمة تواجه مسألة الخطأ المهنى الناشىء عن الجهل بالقانون فى نطاق أرحب من فكرة الجهل بالقانون ذاتها ، فلا تجعل الممتهن مسئولا عن هذا الجهل بالقانون ، وانما عن الاخلال بواجبه فى تنبيه عملائه إلى استحالة العلم — لحظة استفتائه — بحكم القانون فى المسألة المعروضة عليه .

ومن الواضح ان هذا القضاء إذا كان قابلا للتطبيق خارج الحالة التى صدر فيها — وهى حالة الموثق — الا أن الوضع يبدو مختلفاً فى حالة جهل القاضى بصفة خاصة . ذلك ان القاضى — وخلافاً لغيره ممن يعملون فى الحقل القانونى — لا يواجه القانون كمعطى موضوعى مفروض فرضاً تاماً عليه ، وانما يواجهه بالضرورة من خلال تقديره الشخصى . فالقاضى عليه دائماً أن يزيل ما فى النص من غموض أو يكمل ما فيه من نقص ، على نحو يجعل موقفه من القانون — فى نطاق النزاع المعروض عليه — هو ذات موقف المشرع (٣) . « ان الاستنباط القضائى الذى درجنا على أن نعبر به عن المسلك الذهنى للقاضى فى ادائه لمهمته لا يمكن أن يكون له سوى قيمة الصورة . وفوق ذلك فهى صورة مشوهة للحقيقة بدرجة خطيرة ، ففى هذا الاستنباط تفترض المقدمات دائماً حكماً تقييمياً يتسلل اليه لا محالة

---

(١) أنظر ماسبق ، بند ١٠ .

(٢) Cass. civ., 16 avril 1935. Sem. Jur., 1935. 915 (cité par F. Terré, op. cit., p. 97),

وأنظر الأحكام الأخرى المشار اليها فى المرجع المذكور ص ٩٧ هـ ٦ .

(٣) Carbonnier, Droit Civil, T.1, op. cit., p. 25.

قدر من التقدير الشخصى » (١) . ولذلك فوظيفة القاضى فى تطبيق القانون لا تنفصل تماماً عن وظيفة خلقه ، على نحو لا يتيسر معه النظر إلى جهله بالحقيقة القانونية كإخلال بواجب مهنى لمجرد مخالفة تقديره لتقدير محكمة النقض ، وانما يلزم لذلك أن يكون هناك غش أو اساءة لاستعمال الوظيفة .

---

(١) J. Normand, op. cit., p. 16.

الفصل الثانى

الجهل بالاحكام المدنية بين مصادر الحق ومصادر القانون

٣٠ – إذا كان التصور الصحيح لمشكلة الجهل بالقانون يقتضى – على النحو السابق – التميز فى أحكام القانون بين ما هو وضعى منها لايعتد فى إعماله بعلم المكلف أو امكان علمه ، وبين ما هو تكليفى يتوقف اعماله على علم المكلف به أو امكان علمه ، ثم على تحديد متى يتوافر أو يتخلف العلم أو امكان العلم بهذه الأخيرة ، فان البصر بكيفية استنباط الحلول العملية لهذه المشكلة وإعمالها يقتضى النظر أولا فى مصادر الحق ثم فى مصادر القانون. ذلك ان دراسة مصادر الحق هى التى تمكن من تعيين موضع أحكام القانون المدنى من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى ، وأن دراسة مصادر القانون هى التى تمكن من تحديد متى يكون العلم بالحكم ممكناً ومتى يكون مستحيلا . ولذلك كان علينا أن نواجه الجهل بالأحكام المدنية تارة فى اطار مصادر الحق وتارة أخرى فى اطار مصادر القانون .

المبحث الأول : الجهل بالأحكام المدنية ومصادر الحق .

المبحث الثانى : الجهل بالأحكام المدنية ومصادر القانون .

المبحث الاول

الجهل بالاحكام المدنية ومصادر الحق

٣١ – قد يبدو من الصعب للوهلة الأولى البت فى موضع الأحكام المدنية من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى . فهذه الأحكام – كما نعرف – تدور حول تقرير الحقوق المختلفة – شخصية كانت أو عينية – وذلك عن طريق بيان أسبابها وشروطها وموانعها ، وتبدو لذلك من قبيل الأحكام

الوضعية . غير أن الحق الشخصي – وخلافاً للحق العيني – يتميز بوجود مدين يقع عليه الالتزام المقابل للحق، مما يوحي بأن أحكام الحق الشخصي أو أحكام نظرية الالتزام تعتبر أقرب إلى فصيلة الأحكام التكليفية .

والصعوبة السابقة يمكن تخطيها إذا ما ميزنا بين وجود الحق الشخصي وما يقابله من التزام وبين « تحقيق » هذا الحق تنفيذاً للالتزام المذكور . فالحق الشخصي – وما يقابله من التزام – يقوم إذا وجد سببه وتوافرت شروطه وانتفت موانعه ، تماماً كما هو الحال فى الحق العينى . وإذا كانت السببية والشرطية والمانعية أحكاماً وضعية ، فقد يكون توافر أى منها فى ذاته مترتباً على حكم آخر تكليفى أو وضعى ، على نحو ما رأينا عند بيان العلاقة الجدلية المتصلة بين أحكام القانون . ومن ثم فقيام حق شخصى لصالح شخص معين والتزام مقابل على عاتق شخص آخر ليس الا محصلة إعمال الأحكام الوضعية فى السببية والشرطية والمانعية والتى قد يكون توفر أى منها رهيناً بإعمال أحكام أخرى قد تكون وضعية هى الأخرى وقد تكون تكليفية . أما «تحقيق» الحق الشخصى بتنفيذ الالتزام المقابل – وهو وهو ما يتجاوز فيه الحق الشخصى الحق العينى – فهو وحده الذى يعبر عن أحكام تكليفية تتمثل فى طلب القيام بالعمل أو الامتناع الذى يكون مضمون الالتزام المذكور ويجعل الحق قابلا للمطالبة به .

وعلى هذا النحو فمتى جعل القانون من أمر من الأمور سبباً لقيام حق معين أو التزام أو شرطاً لقيامه أو جعل منه مانعاً من قيامه ، فان هذا الجعل ينتج أثره فى اثبات الالتزام أو نفيه ، متى توافر الأمر المذكور ، حتى ولو كان توافره سابقاً على الجعل . ذلك أن مثل هذا الجعل يعتبر حكماً وضعياً يحدث أثره دون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه به . ولكن ثبوت حق للدائن معين والتزام مقابل على مدين به شيء واعتبار المدين مقصراً فى تنفيذ التزامه شيء آخر . فما دام تنفيذ الالتزام يعبر دائماً عن أحكام تكليفية فان المدين به لا يمكن اعتباره مقصراً فى تنفيذه الا منذ امكان علمه بوجوب التنفيذ، وهو ما لا يمكن أن يتأتى قبل اقرار القانون للالتزام وتوافر

امكان العلم بذلك . ولذلك فمن المتصور أن يكون هناك فاصل زمنى بين اللحظة التى ينشأ فيها الالتزام ويكون مستحق الأداء واللحظة التى يمكن ابتداء منها مؤاخذة المدين على التقصير فى تنفيذه .

وما دام قيام الحق يعتبر على هذا النحو دائماً مجرد أثر لإعمال أحكام القانون المختلفة ، فان البحث فى موضع الأحكام المدنية من تقسيم الحكم إلى وضعى وتكليفى لتعيين الأحكام التى يتوقف إعمالها على العلم بها يجب أن يبدأ من بحث مصادر الحق . فاذا ما تأملنا فى هذه المصادر بدت لنا ضرورة التمييز بين العمل غير المشروع وبين غيره من المصادر . فالعمل غير المشروع المرتب للحق فى التعويض والالتزام به هو وحده الذى يقوم على أحكام تكليفية . ذلك ان العمل غير المشروع يفترض اخلالا بواجب مفروض مسبقاً ، سواء تمثل هذا الاخلال فى الامتناع عن عمل واجب أو فى القيام بعمل محرم ، وسواء تمثل الواجب المفروض فى التزام السلوك المعتاد أو تمثل فى غير ذلك من الواجبات المختلفة التى تضعها نصوص القانون . لذلك فهذا المصدر من مصادر الحق هو الذى تبدو بشأنه أهمية تطبيق المبادىء التى انتهينا اليها بصدد مشكلة الجهل بالقانون .

غير أن مصادر الحقوق المختلفة يتدخل فى وجودها أو فى ترتيبها لأثرها فى ايجاد الحق ، عنصر نفسى يختلط فى قليل أو كثير بالعلم بالقانون ، على نحو جعل الفقه يثير بشأنه مشكلة الجهل بالقانون . ولذلك فلا يسعنا الا أن نلقى نظرة سريعة على مصادر الحق المختلفة ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة ، لبيان مدى صلة ترتب الحق عن مصدره بمشكلة الجهل بالقانون .

المطلب الأول : الجهل بالأحكام المدنية والتصرف القانونى .

المطلب الثانى : الجهل بالأحكام المدنية والواقعة القانونية .

المطلب الاول

الجهل بالاحكام المدنيه والتصرف القانونى

٣٢ — التصرف القانونى هو إرادة تتجه لاحداث أثر قانونى معين .
وصدور إرادة من الانسان بقصد إحداث مثل هذا الأثر يفترض تصوراً معينا للأوضاع المختلفة — واقعية كانت أوقانونية — فى كينونتها وفى صيرورتها ، لذلك فكلماكان تصور الأنسان لوضع من الأوضاع المتصلة بالتصرف الذى يجريه مخالفاً للحقيقة ، أمكن أن ينعكس ذلك التصور على صحة هذا التصرف أو نفاذه أو تحديد مضمونه ، وكلما كان التصور المخالف للحقيقة منصباً على وضع قانونى ، ثارت مشكلة الجهل بالقانون .

١ - الجهل بالاحكام المدنيه وصحة التصرف القانونى :

٣٣ — فالتصور المخالف للحقيقة مؤداة وقوع طرف التصرف فى غلط نجعل التصرف باطلا أو قابلا للابطال فى الحدود التى يكون فيها جوهرياً ودافعاً إلى التصرف .

والحقيقة التى يرد عليها الغلط غالباً ما تكون هى الحق محل التصرف أو نطاقه ومضمونه . ولما كان وجود الحق وتحديد نطاقه يتوقف فى كثير من الأحيان على إعمال أحكام القانون ، فكثيراً ما يكون تصور هذا أو ذاك خلافاً للحقيقة مترتباً على عدم العلم بأحكام القانون .

والواقع ان الغلط فى وجود الحق لا يظهر كثيراً فى مجال العقد . ذلك أن المشرع غالباً ما يجعل من عدم وجود الحق سبباً للبطلان كما هو الحال فى ابطال بيع أو رهن أو هبة ملك الغير ، على نحو يفقد معه بطلان العقد استناداً إلى الغلط فى وجود الحق كل قيمة عملية له . غير أن هذا الغلط كثيراً ما يصادف فى التصرف القانونى المنفرد ، كما هو الحال مثلا فى الوفاء الذى يؤدى اليه تصور وجود التزام غير قائم أو التزام سبق

أن انقضى من قبل (١) . أما الغلط فى نطاق الحق أو مضمونه فكثيراً ما نصادفه فى العقد والتصرف المنفرد على السواء (٢) . ويكفى أن نضرب لذلك مثلا بالبيع الوارد على الحق فى التركة فى حالة الجهل بمقدار النصيب الذى يخوله القانون للبائع ، أو البيع الوارد على أرض فى حالة الجهل بالتشريعات التى تمنع البناء عليها ، أو الوفاء بدين دون معرفة مقداره نتيجة للجهل بأحكام القانون التى تحدده (٣) .

وقد كان من الطبيعى فى ضوء النظرة التقليدية لمشكلة الجهل بالقانون أن يبدو الاعتداد بالغلط فى القانون مناقضاً للحلول العملية لهذه المشكلة . ذلك ان الاحتجاج بهذا الغلط توصلا إلى بطلان العقد أو ابطاله معناه الاحتجاج بجهل القانون، وأن هذة الحلول تتمثل فى عدم جواز الاعتذار بجهل القانون كقاعدة مطلقة . ولذلك فقد ذهب الفقه القديم إلى عدم الاعتداد بالغلط فى القانون تغليباً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . فلما جرى القضاء الفرنسى على الاعتداد بهذا الغلط – استناداً إلى نصوص التشريع التى لا تمنع الاعتداد به الا فى حالة الصلح والاقرار – اعتبر جانب من الفقه ذلك من قبيل الاستثناء على المبدأ (٤) ، واعتبره جانب آخر خطوة نحو التخلص منه (٥) ، بينما اضطر جانب ثالث إلى القول بقصر المبدأ ذاته على القانون الجنائى (٦) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Roger Decotignies, L'erreur de droit , R.T.D.C., 1951, p. 309 et s.

(٢) المرجع السابق ، ص ٣١٧ وما بعدها .

(٣) أنظر الأمثلة المختلفة على الغلط فى القانون التى يشير اليها السنهورى فى كتابه : نظرية العقد ، بند ٣٧٤ ص ٣٨٨ وما بعدها .

(٤) فى هذا المعنى : السنهورى : نظرية العقد ، بند ٣٧٣ ص ٣٨٧ ، الوسيط – مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص ١٧٤ .

(٥) فى هذا المعنى :

F. Terré, op cit., p. 101 et s.

(٦) Mazeaud, Leçons de droit civil, T. II, 1956, Nº 172, p. 140.

وقد سبق أن رأينا ان مجال امكان الاعتذار بجهل القانون هو الأحكام التكليفية دون غيرها ، وأن مناط هذا الامكان هو استحالة العلم بالحكم التكليفى لا عدم العلم الفعلى بأحكام القانون على اختلاف فصائلها . ومن الواضح ان هذا النظر من شأنه التنبيه إلى ضرورة الفصل بين مشكلة الغلط فى القانون وحلول مشكلة الجهل بالقانون . ذلك ان مشكلة الجهل بالقانون ترتبط حلولها العملية بإعمال أحكامه التفصيلية وتستنفد بالضرورة بتحقيق هذا الإعمال ، بحيث يكون كل ما يفوق هذا الإعمال خارجاً عن دائرة هذه المشكلة . وعلى هذا النحو فمشكلة الجهل بالقانون تستنفد فى صدد الحكم الوضعى بمجرد ترتبه بالفعل . وهذا الحكم يترتب كما رأينا تلقائياً دون نظر إلى علم المكلف . ولذلك فالغلط فى هذا الحكم منبت الصلة بحلول مشكلة الجهل بالقانون فى صدده . كذلك فمشكلة الجهل بالقانون تستنفد فى صدد الحكم التكليفى بإعماله أواستبعاد إعماله ولاتستنفد قبل ذلك. ولكن إعمال هذا الحكم أو استبعاد إعماله رهين بإمكان العلم به أو باستحالة هذا العلم . ولذلك فالغلط فى هذا الحكم أمر خارج كذلك عن حلول مشكلة الجهل به ان لم يكن الاعتداد به أمراً لازماً لإعمال هذه الحلول .

والواقع ان بحث الأمثلة السابقة يكشف بجلاء ان الاعتداد بالغلط فى القانون يكون فى بعض الأحيان سابقاً على إعمال الحلول التى وصلنا اليها فى صدد الجهل بالقانون ، ويكون فى بعض الأحيان لازماً لإعمالها وليس مناقضاً لها ، ويكون فى بعضها الآخر تالياً لإعمالها ومن ثم خارجة ومنفصلا عنها .

ففى صورة البيع دون علم بقواعد القانون التى تمنع البناء فى الأرض المبيعة يكون الحكم المجهول هو الحكم المقرر لعدم البناء على الأرض وما يترتب عليه من حكم تكليفى بتحريم البناء فى الأرض على صاحب الحق فيها . ومن الواضح أن الحكم الأول يكون إعماله متحققا ما دامت الأرض خالية بالفعل . ولذلك فإعمال الغلط فى القانون وابطال العقد بناء عليه لا يتضمن

بذاته اهداراً لهذا الحكم . أما الحكم الآخر فيكون إعماله بتعلقه بفعل صاحب الحق فى الأرض ما دام يمكنه العلم به ، وبعدم تعلقه بفعله مادام لا يمكنه العلم به . ومن الواضح ان هذا الحكم لا يعنى المشترى الا منذ أن يصير صاحب حق فى الأرض ، وأن التمسك بالغلط ليس معناه اهدار هذا الحكم باستبعاده فى حالة ثبوته فى حق المشترى ، وانما معناه تفادى ثبوته فى حقه بتفادى تملكه للأرض المبيعة .

وفى صورة الوفاء بدين غير قائم أو الوفاء بما يجاوز الالتزام القائم — نتيجة توهم وجوده أو توهم مضمونه على غير الحقيقة — يكون الحكم المجهول هو الحكم المقرر لوجود الحق أو نفيه أو المحدد لمضمونه ، ويكون إعماله بترتيب الالتزام بالرد تأسيساً على عدم وجود الالتزام أو على اختلاف مضمونه الحقيقى . وهذا الحكم حكم وضعى يرتب أثره دون نظر إلى العلم به أو امكانية هذا العلم . ولذلك فالأخذ بمقتضى الغلط فى هذه الحالة ليس فيه خروج على الحلول الواجبة فيما يتعلق بالجهل بهذا الحكم ، وانما هو — على العكس من ذلك — إعمال لهذه الحلول .

أما فى صورة بيع حق الارث ، فالحكم المجهول هو ذلك المحدد لمقدار الأرث ، وهو حكم غير تكليفى يتحقق إعماله بمجرد اثبات ملكية البائع للقدر الذى يقرره له هذا الحكم . ولذلك فإعمال الغلط فى هذه الحالة يكون تالياً لإعمال الحلول الواجبة فى صدد الحكم المقرر للإرث ومستقلا عنها ، على نحو تبدو معه مشكلة الغلط مستقلة تماماً عن مشكلة الجهل بالقانون وما تفرضه من حلول .

٣٤ — وقد تكون الحقيقة التى يرد عليها الغلط هى سبب التصرف بمعنى الباعث الدافع اليه (١) . وفكرة السبب قد تواجه فى ذاتها فتبدو

(١) أنظر كذلك فى امكان ورود الغلط فى القانون على شخص المتعاقد : السنهورى ، نظرية العقد ، بند ٣٧٤ ص ٣٧٩ ، محمد وجدى عبد الصمد ، المقال السابق ، ص ٢٥٨ .

كركن فى التصرف على نحو يكون معه التصرف باطلا فى حالة تخلف الباعث عليه ، خلافاً لما كان يعتقده طرفاً التصرف . وقد تواجه من خلال فكرة الغلط على نحو تترتب معه مجرد القابلية للابطال فى الحالة المذكورة (١). وأيا ما كانت الوجهة الواجب تغليبها فى هذا الشأن ، فان اعتقاد وجود سبب قائم بالفعل كثيراً ما يكون مبعثه عدم العلم الفعلى بحكم من أحكام القانون . مثال ذلك ان يتفق شخص مع آخر على منحه ارتفاقاً - فى حالة عدم قيام ارتفاق قانونى - اعتقاداً بأن القانون يلزمه بذلك ، أو أن يتفق مثل هذا الشخص مع شخص آخر على تعويضه عن ضرر ليس مسئولا عنه قانوناً اعتقاداً بقيام التزام عليه بتعويض هذا الضرر ، أو أن يقوم بتعويضه بالفعل استناداً إلى هذا الاعتقاد (٢) .

ومن الواضح ان البطلان أو الإبطال فى هذه الصور يبدو مناقضاً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى معناه المطلق المتصل بفكرة القوة الملزمة الذاتية للقانون ، تماماً كما فى حالة الغلط فى المعقود عليه . ذلك ان من يطلب البطلان أو الابطال انما يستند فى طلبه إلى عدم علمه الفعلى بأحكام القانون ، استناداً يتعارض مع القوة الملزمة الذاتية التى لهذه الأحكام دون نظر إلى عنصر خارجى عنها كالعلم بها .

غير أن البطلان أو الإبطال لا يتعارض مع حلول مشكلة الجهل بالقانون فى ظل التصوير الذى نقول به لهذه المشكلة ، وانما يبدو - على العكس من ذلك - أمراً خارجاً تماماً عنها . ففى كلا المثلين السابقين نجد الجهل لا ينصب إلا على حكم معين من أحكام القانون ، وهو الحكم المقرر لعدم الالتزام بالارتفاق بقوة القانون أو لعدم الالتزام بالتعويض . ومن الواضح

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، المرجع السابق ، بند ١٧٣ وبند ٢٩٢ ،
Roger Decotignies, op. cit., p. 321.

(٢) Roger Decotignies, op. cit., p. 321.
وأنظر الأمثلة التى يذكرها السنهورى فى كتابه : «نظرية العقد» ، بند ٣٧٤ ، ص ٣٨٩ وما بعدها .

ان مثل هذا الحكم يعتبر حكماً وضعياً لا يتوقف إعماله على امكان أو عدم إمكان العلم به . لذلك فالالتزام بانشاء الارتفاق أو الالتزام بالتعويض ليس له من مصدر سوى التصرف القانونى المتمثل فى الاتفاق بين الطرفين . ولكن هذا الاتفاق يتخلف ركن أو شرط فيه على نحو يؤدى إلى عدم قيام الالتزام المفترض قيامه عنه . وبالمثل فالوفاء بالتعويض ليس له من مصدر سوى الوفاء الباطل ذاته على نحو يبدو معه هذا الوفاء مناقضاً لمقتضى حكم القانون الذى كان الموفى يجهله . ولذلك فرد ما أوفى به يعتبر بمثابة حكم تكليفى يحقق الحكم الوضعى الذى ورد الجهل عليه . وعلى هذا النحو تبدو مشكلة الجهل بالقانون للمرة الثانية منبتة الصلة بمشكلة الغلط فى القانون .

والواقع ان فكرة الجهل بالقانون وفكرة الغلط – كفكرتين قانونيتين متميزتين – تختلفان فى مجالهما وفى معيارهما وفى أثرهما . فالأولى مجالها أحكام التكليف وحدها ، ومعيارها موضوعى هو امكانية العلم أو استحالته ، وأثرها هو عدم تعلق الحكم الذى يكون العلم به مستحيلا بفعل المكلف . أما الأخرى فمجالها يمتد إلى جميع أحكام القانون ، ومعيارها شخصى بحت هو الجهل الفعلى ، وأثرها يتمثل فى ابطال التصرف القانونى الذى داخله الغلط .

٢ – الجهل بالاحكام المدنيه ونفاذ التصرف القانونى :

٣٥ – وإذا كان التصور المخالف للحقيقة يؤدى إلى بطلان التصرف أو ابطاله – خلافاً للأصل من صحته على النحو السابق – فقد يكون مؤدياً فى بعض الأحيان إلى نفاذه ، خلافاً للأصل من عدم نفاذه . فقد يكون التصرف القانونى غير نافذ لعدم صدوره من صاحب الحق موضوع التصرف أو ممن له سلطة إجراء التصرف عليه ، ولكن الطرف الأخير فى التصرف كثيراً ما يكون حسن النية معتقداً بصدور التصرف من صاحب الحق أو السلطة فى اجراء التصرف ، ويكون هذا الاعتقاد مستنداً إلى وضع ظاهر أو شائع. وفى هذه الحالة نجد نصوص القانون تقرر نفاذ التصرف فى بعض الحالات حماية لحسن النية كما نجد اتجاهاً فى الفقه والقضاء إلى تعميم هذا الحل ورفعة إلى منزلة المبدأ القانونى . وتتوافر تطبيقات هذه الصورة

بصفة خاصة فى حالة التصرف الذى يجريه النائب الظاهر أو التصرف الذى يجريه مدير الشركة المعين بقرار باطل ، أو التصرف الذى يجريه المالك الظاهر (١) .

وانفاذ التصرف على هذا النحو السابق يتضمن معنى اهدار حكم القانون القاضى بعدم نفاذه ، تغليباً لاستقرار التعامل واستناداً إلى حسن النيه . ومن الواضح ان الوضع الظاهر قد يكون وضعاً قانونياً كما قد يكون وضعاً واقعياً . فاذا كان وضعاً قانونياً ثار التساؤل عما إذا كان فى الاعتداد به خروج على الحلول الواجبة لمشكلة الجهل بالقانون (٢) .

والواقع أن الأمر يتعلق فى الصور المعروضة بأحكام وضعية ترتب أثرها دون نظر إلى علم المكلف أو عدم علمه بها . ولذلك فالأخذ بفكرة الوضع الظاهر فى هذا المجال ليس له من معنى سوى اهدار الأحكام المذكورة . ولكن مشكلة الجهل بالقانون كمشكلة عملية لا تقوم بصدد هذه الأحكام على نحو ما رأينا . ولذلك فليس هناك من تعارض بين حلول مشكلة الجهل بالقانون وبين الاعتداد بالوضع الظاهر بانفاذ التصرف، بقدر ما هناك من تعارض بين هذا الاعتداد وبين إعمال الحكم الأصلى القاضى بعدم نفاذ التصرف ، أو بعبارة أخرى فالأمر لا يتعلق بإباحة الاعتذار بجهل القانون فى مجال يكون فيه هذا الاعتذار ممتنعاً بحسب الأصل ، وإنما بخلق حكم وضعى جديد يجعل حسن النية المستند إلى الوضع الظاهر مانعاً من التمسك بعدم النفاذ (٣) .

٣ - الجهل بالاحكام المدنيه ومضمون التصرف القانونى :

٣٦ – مهما كان من أمر معايير التفسير ومدى ما تتضمنه من نزعة

---

(١) Mazeaud, Article précité, p. 930 et s.

(٢) قارن :

Mazeaud, Article précité, p. 942.

(٣) المقال السابق ، ص ٩٣٠ .

موضوعية ، فانه يظل صحيحاً أن محور التفسير هو ارادة طرف التصرف القانونى المنفرد أو إرادة طرفى العقد . ولكن البحث عن هذه الإرادة قد يصطدم بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى مفهومه المطلق . وقد رأينا مثالا لذلك فى الالتزام بالضمان المترتب على عقد البيع . فقد استقر القول فى القضاء والفقه على أن البائع يضمن حقوق الارتفاق غير الظاهرة وحقوق الارتفاق القانونية ، وأن وجه تسوية الأخيرة بالأولى هو كون القانون مصدرها المباشر على نحو يكون معه فى مطالبة المشترى بالضمان اعتذار بجهل القانون يخالف المبدأ العام المستقر فى هذا الصدد . لذلك فقد بدا اتجاه محكمة النقض الفرنسية مؤخراً إلى تقرير ضمان البائع حقوق الارتفاق القانونية كلما كانت وضعية الأماكن أو الوضع العادى للملكية لا تكشف عنها غريباً فى ظل التصور التقليدى لمشكلة الجهل بالقانون وحلولها العملية (١).

والواقع ان مشكلة تفسير التصرف القانونى لتحديد الالتزامات المختلفة المترتبة عليه مشكلة منفصلة تماماً عن مشكلة الجهل بالقانون فى التصور الذى انتهينا اليه ، ذلك التصور الذى يفرق بين الحكم الوضعى والحكم التكليفى . فالقواعد المقررة للارتفاق القانونى تضع أحكاماً وضعية أو تقريرية تتمثل فى اثبات الارتفاق بمجرد توافر سببه وشروطه دون حاجة إلى امكان العلم به أو عدم امكانه . حقاً ان هذه القواعد تضع أحكاماً تكليفية ، بالامتناع عن التعرض لصاحب الارتفاق ، على عاتق أصحاب العقارات التى ترد عليها الارتفاقات المذكورة ، وأن الاحكام التكليفية لا تتعلق بفعل المكلف الا منذ أن يكون باستطاعته العلم بها . غير أن المشترى عندما يطالب بالضمان لا يتعرض لصاحب الارتفاق ولا يدعى حقاً فى الافلات من التكليف الواقع عليه قبله ، وانما يطالب بحق قبل البائع يتوقف ثبوته له أو عدم ثبوته على مضمون العقد ذاته . ولذلك فقيام الضمان من عدمه مشكلة لا تتعلق بالاعتذار بجهل أحكام القانون المرتبة للارتفاق القانونى .

---

(١) أنظر ماتقدم بند ٩ .

والواقع ان ثبوت أو عدم ثبوت الضمان يتعلق بتفسير العقد لتحديد الالتزامات المترتبة عليه ومدى كل منها . ومن هنا كان ربط الفقه بين الارتفاقات القانونية والارتفاقات الظاهرة التى يرجع عدم ضمان البائع لها إلى أن ظهورها يؤكد عدم انصراف ارادة المتعاقدين اليها . حقاً ان المشترى قد لا يكون عالماً بالفعل بالارتفاق الظاهر على نحو يمكن معه القول بانصراف ارادته إلى عدم ضمان البائع له . ولكن ذلك لا يؤدى إلى القول بأن الارادة لم تنصرف إلى ضمانه . فظهور الارتفاق يمكن من استنباط ارادة من البائع بعدم الضمان واعتقاد منه بانصراف ارادة المشترى إلى عدم الضمان . ولذلك يمتنع القول باتجاه الارادة المشتركة إلى الضمان ويتعين التسليم باتجاهها على العكس من ذلك إلى عدم الضمان . ذلك أن مضمون العقد يتحدد بالارادة المشتركة وأن الارادة المعتمدة من جانب كل من المتعاقدين فى هذا الصدد هى الارادة الممكن التعرف عليها بصرف النظر عن اتفاقها أو عدم اتفاقها مع ارادته الحقيقية (١) .

وعلى هذا النحو لا يسعنا الا أن نؤيد اتجاه محكمة النقض الفرنسيةالأخير . فسألة عدم ضمان حقوق الارتفاق القانونية لا تترتب فى الحقيقة على الحلول العملية لمشكلة الجهل بالقانون ، وانما تتعلق بتفسير العقد والارادة المشتركة فيه على نحو يعطيها حلولا متفاوتة تختلف باختلاف حقيقة الارادات الممكن التعرف عليها والمكونة للارادة المشتركة فى كل حالة على حدتها . ومن هنا كان عدم الضمان فى كل حالة يكون فيها الارتفاق ناشئاً عن وضعية الاماكن على نحو يجعل الارتفاق ظاهراً ويجعل الارادة الممكن التعرف عليها فى ظل هذه الظروف هى ارادة عدم الضمان ، وكان الضمان فى كل حالة لا يكون الارتفاق فيها ناشئاً عن هذه الوضعية على نحو لا يجعل الارتفاق ظاهراً ويجعل الارادة المشتركة الممكن التعرف عليها فى ظل هذه الظروف كذلك

(١) قارن :

Bernard Gross, La notion d'obligation de grantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, p. 189.

هى ارادة الضمان . وبعبارة أخرى فعدم قيام الضمان يتطلب شرطين : أن يكون هناك نص قانونى منشىء للارتفاق ، وأن تكون وضعية العقارات بحيث تنبىء عن وجود الارتفاق القانونى ، كما لو كان العقار متقدماً عن العقارات المجاورة له مثلا (١) .

المطلب الثانى

الجهل بالاحكام المدنيه والواقعه القانونيه

٣٧ — رأينا ان الغلط الناشىء عن جهل أحكام القانون يؤدى إلى بطلان الوفاء على نحو يمكن من استرداد ما دفع دون وجه حق . على أن النظر إلى الوفاء من زاوية أخرى هى زاوية واقعة الأثراء بلا سبب المنشئة للحق فى الاسترداد يؤدى إلى القول بأن الغلط شرط لتوافر الحق فى الاسترداد ، وان هذا الغلط يستوى فيه أن يكون ناشئاً عن جهل الواقع أو جهل القانون . وفكرة الغلط المذكورة تصادف فى تطبيقات الاثراء تحت ستار فكرة أخرى هى فكرة حسن النية . فكثير من تطبيقات واقعة الاثراء بلا بسبب تأخذ بعين الأعتبار حسن نية المفتقر فى تقدير التعويض الواجب على المثرى كما هو الحال فى المصروفات (م ٩٨٠ مدنى) وفى التعويض الناشىء عن إعمال قواعد الالتصاق (١) . وحسن النية فى مثل هذه الحالة قد يكون ناشئاً عن جهل القانون . ولما كانت واقعة الاثراء ترتب أثرها بمجرد توافر شروطها ، فالأمر يتعلق فى هذه الصور بأحكام وضعية هى تلك التى تثبت الحق أو تنفيه أو تحدد مداه . وهذه الأحكام يتم إعمالها تلقائياً دون نظر إلى العلم أو عدم العلم بها . ولذلك فمشكلة حسن

---

(١) B. Gross, op. cit., p. 200; H; Blin, Obs. sur Cass. civ., 29 février 1956,J.C.P.1965.2.9200;note anonyme sur le même arrêt. D. 1956. 285.

(٢) الواقع أن فكره حسن النية تتغلغل فى كل القانون المدنى . أنظر فى تطبيقات حسن النية وعلاقتها بالغلط ؛

J. Ghestin, op. cit., No. 84, p. 92 et s. et note 4 p. 99., F. Gorphe, op. cit.

النية تبدو تالية لهذا الإعمال كما يبدو التعويض الذى تؤثر فى تقديره نتيجة لهذا الإعمال . ومن ثم فإعمال حسن النية فى هذه الحالات لا يتضمن أى مخالفة لحلول مشكلة الجهل بالقانون .

وإذا كانت واقعة الأثراء لا تثير إشكالا على هذا النحو فان الأمر يختلف بالنسبة لوقائع أخرى كالواقعة المرتبة للمسئولية أو بعض الوقائع المرتبة للحق العينى .

١ – الجهل بالاحكام المدنيه والواقعه المنشئه للمسئوليه :

٣٨ – تعتبر الواقعة المنشئة للمسئولية والالتزام بالتعويض أهم الوقائع القانونية المنشئة للحق من حيث صلتها بمشكلة الجهل بالقانون . فالمسئولية المستندة إلى الخطأ أساسها تكليف قانونى يثير تعاقه بفعل المكلف مشكلة الجهل بالقانون بالمعنى الدقيق . والمسئولية التى تقوم دون خطأ ان كانت لا تستند إلى تكليف يعتبر أساساً لها ، الا أنها تنتهى على أى حال بالتزام بالتعويض لا تقوم مسئولية المدين به عن وفائه قبل أن يتحقق ثبوته من مصدر من مصادر القانون .

وقد كان من المنطقى فى ظل النظرة التقليدية المطلقة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون – والتى تربط بينه وبين القوة الملزمة للقانون – أن ينتهى الفقه والقضاء إلى عدم امكان التخلص من المسئولية – أو استبعاد أثر الغش والخطأ الجسيم على تقدير التعويض – استناداً إلى الجهل بالقانون، وسواء كانت هذه المسئولية ناشئة عن عدم التزام المعيار العام للسلوك أو عن عدم مراعاة واجب أو آخر من الواجبات المحددة التى تفرضها نصوص القانون (١) .

كذلك كان من المنطقى مع تأسيس المبدأ المذكور على قرينة العلم بالقانون حرمان المسئول من الرجوع بالتعويض على من قد يكون سبباً

---

(١) Dereux, op. cit., p. 518, Aubry et Rau, 5e éd. t. 1, p. 94.

فى غلطة فى القانون (١) . فالمسئول مفروض فيه دائماً العلم بالقانون على نحو يكون معه هو وحده المسئول عن سلوكه سلوكاً مخالفاً لأحكامه . ولذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه «حيث أن مواعيد النقل بالسكك الحديدية محددة بقرارات وزارية منشورة ولها قوة القانون على نحو لا يمكن معه مخالفتها أو الادعاء بجهلها ؛ وحيث أن المدعى عليه تبعاً لذلك لا يستطيع قانوناً الادعاء بأنه أوقع فى غلط فى الشروط المتعلقة بمواعيد النقل عن طريق المعلومات الصادرة من موظف ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تحميله الشركة (شركة النقل) نتائج الغلط أو التأخير المدعى» (٢) . كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يقبل من جانب المستوردين الدفع بالجهل بما فرضته القوانين الجمركية »، وأن «اغفال مصلحة الجمارك تحصيل الرسوم المستحقة على البضاعة المستوردة لا يعلو إلى مرتبة الخطأ الموجب لتعويض المستوردين إذ أن تقصير موظفى المصلحة فى اقتضاء الرسم المستحق انما يكون قد أضر بحق الخزانة العامة وحدها » (٣) .

ولا يخفى ما فى اطلاق الحلول السابقة من مجافاة للعدالة . لذلك نجد محاولات فى الفقه لالتماس وسيلة للتخفيف من هذا الاطلاق (٤) .

٣٩ — على أن امعان النظر فى النتيجة الأولى المتعلقة بمسئولية المكلف يكشف عن وجوب التمييز بين المسئولية غير الخطئية وبين المسئولية الخطئية فى هذا الصدد . فالالتزام بالتعويض فى المسئولية غير الخطئية لا ينشأ عن سلوك معين ولا يستند إلى تكليف (٥) . تتوقف المؤاخذة عليه على التمكين

---

(١) Dereux, op. cit., p. 514.

(٢) Cass. civ. 2 Janvier 1901, Gazette des tribunaux, 6 juin 1901.

وأنظر الأحكام الأخرى التى شار اليها « ديرو» فى المرجع السابق ص ١٩ هـ ٢ .

(٢) نقض ١/٦/١٩٦١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٢ رقم ٧٧ ، ص ٥١٠ .

(٤) أنظر فى ذلك :

Dereux, op. cit., p. 537.

(٥) فى هذا المعنى :

M.K. Gomma, Théorie des sources de l'obligation, Paris, 1968, No. et s.

من العلم به ، ولا يعدو أن تكون مجرد حكم تقريرى أو وضعى يترتب مباشرة دون نظر إلى علم المدين أو عدم علمه به . ولذلك فلا يكون فى ترتيب المسئولية عند تخلف العلم أو امكانية العلم أى خروج على حدود امكانية الاعتذار بجهل القانون . أما فى المسئولية الخطئية فالالتزام بالتعويض ينشأ عن سلوك مخالف لمقتضى حكم تكليفى سابق (١) . ولذلك فيكون فى القضاء بالمسئولية دون الاعتداد بالاعتذار بجهل التكليف عندما يكون العلم به مستحيلا خروج على حلول مشكلة الجهل بالقانون .

أما فيما يتعلق برجوع المكلف على الغير الذى يكون سلوكه عاملا من عوامل جهله بالتكليف ، فهذا الرجوع يعتبر علاقة جديدة متميزة تماماً عن علاقة المكلف بالمضرور ونجد حاوله فى هذه العلاقة وحدها . ذلك أن مسئولية المكلف قبل المضرور لا تتوافر على النحو السابق لمجرد عدم انصياعه لمقتضى الحكم التكليفى وانما يلزم فوق ذلك توافر تقصيره فى واجب العلم بهذا الحكم . ومن الواضح أن الواجب المذكور ينشأ عن صفته كمكلف ويظهر أثره لذلك فى علاقته بالمضرور وحده دون علاقته بالغير الذى يكون سلوكه عاملا من عوامل جهله بالتكليف .

والواقع ان علاقة المكلف بالغير انما تتحدد – وفقاً لأحكام المسئولية – عن طريق تقييم سلوك كل من طرفيها وما يربطه من صله بالضرر الذى لحق المكلف نتيجة التزامه بالتعويض (٢) . وهذا التقييم لا يدخل فيه – كما هو واضح – جهل المكلف ذاته بقدر ما يدخل فيه جهل الغير . فالمكلف يكون مخطئاً مثلا فى اعتماده على معرفة أحكام القانون على غير مختص ولا يكون كذلك فى اعتماده على شخص مختص . ولكن خطأ المكلف فى هذا الصدد لا يكفى أن يدخل فى تقديره جهله بأحكام القانون ما دمنا

---

(١) قارب : المرجع السابق ، بند ١٠٤ .

(٢) قارب :

François Gorphe, Le principe de la bonne fois, Paris, 1928, p. 133 et s.

لا نواجه موقفه كمكلف وانما كمدع بالتعويض . والغير الذى تسبب فى وقوع المكلف فى الغلط فى القانون يكون تقييم سلوكه وفقاً لمدى تخصصه أو اختصاصه . فاذا كان متخصصاً أو مختصاً كان مخطئاً ما لم يكن الأمر متعلقاً بحكم محل خلاف وكان قد أبان للمكلف عن هذا الخلاف (١) . وإذا كان غير متخصص أو غير مختص كان غير مخطىء ما لم يكن فى تصديه للتعريف بأحكام القانون ما يخالف المعيار العام للسلوك . وإذا كان الجهل بالقانون عنصراً من عناصر تقييم سلوك الغير على هذا النحو : فمن الواضح ان الجهل المذكور هو جهل الغير ذاته وليس جهل المكلف ، وأن هذا الجهل يكون تقديره وفقاً لفكرة الواجب المهنى وليس وفقاً لفكرة التكليف .

٢ - الجهل بالاحكام المدنيه والوقائع المرتبه للحق العينى :

٤٠ — لا يقتصر أثر الوقائع القانونية على ترتيب الالتزام بالتعويض على النحو المتقدم ، وانما يمتد كذلك إلى ترتيب الحقوق العينية أوانقضائها. وبعض الوقائع موضوعية بحتة لا تتضمن أى عنصر ذاتى ، بحيث ترتب أثرها فى اكتساب الحق بقوة القانون ، كما هو الحال فى الميراث وفى الالتصاق عادة . أما البعض الآخر فيدخل العنصر الذاتى فى تكوينه أو يكون مضافاً اليه كشرط لانتاج الأثر المذكور ، كما هو الحال فى الحيازة . فحسن النية شرط لاكتساب الحق على المنقول أو اسقاط التكليف الوارد عليه بالحيازة . وحسن النية شرط لاكتساب الثمار بالحيازة . وحسن النية شرط كذلك لاكتساب الحق عموماً بالتقادم الخمسى . وفى هذه الصور جميعاً كثيراً ما يكون حسن النية ناشئاً عن جهل أحكام القانون التى تحول دون صحة التصرف وانتاجه أثره المقصود دون حاجة إلى الاستناد إلى الحيازة . ولذلك فالتمسك بالحيازة فيها يتضمن الاستناد إلى جهل القانون على نحو يبدو معه متعارضاً مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى معناه التقليدى .

---

(١) أنظر ماتقدم بند ٢٩ ، وأنظر كذلك :
Dereux, op. cit., p. 540 et s.

ومع ذلك فيبدو أن محكمة النقض الفرنسية — وفقاً للتفسير التقليدى لقضائها — لم تلتزم قاعدة واحدة فى هذا الشأن . فبينما استندت إلى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لاستبعاد آثار الحيازة فى المنقول كلما كان حسن النية نتيجة للجهل بأحكام القانون (١) ، سلمت مع ذلك باكتساب الحائز ملكيه الثمار استناداً إلى قبضها بحسن نية ، على الرغم من كون حسن النية ناشىء كذلك عن جهل القانون (٢) . وقد انحصرت نظرة الفقه إلى إلى قضاء المحكمة فى تأييد هذا الاتجاه أو ذاك وفقاً لمدى تقبل كل فقيه لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، دون البحث فى امكان التوفيق بين الأحكام التى تبدو متعارضة على ضوء شروط إحداث الحيازة أثرها فى الصور المختلفة .

والواقع ان القضاء الأول — المتعلق بقاعدة الحيازة فى المنقول — يبدو لأول وهلة منساقاً وراء فكرة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى مفهومها المطلق ، فيغلب هذه الفكرة على فكرة حسن النية ، ويقرر عدم امكان التملك بالحيازة على الرغم من توافر حسن النية . غير أن التأمل فى الوقائع التى صدر فيها هذا القضاء — على ضوء شروط إعمال القاعدة المذكورة — يكشف عن أن عدم انتاج الحيازة أثرها يرجع لا إلى عدم الاعتداد بحسن النية على الرغم من توافره وانما إلى عدم توافر السبب الصحيح . ففى جميع هذه الوقائع كانت الحيازة تستند لا إلى تصرف قانونى قابل للابطال لصدوره من غير مالك وانما إلى تصرف قانونى باطل بطلاناً مطلقاً أو على الأقل غير نافذ لعدم الحصول على إذن بالتصرف ، على نحو يمتنع معه توافر السبب الصحيح . ومثل هذا البطلان أو عدم النفاذ — كما رأينا — حكم وضعى يرتب أثره تلقائياً دون حاجة إلى العلم به . ولذلك يكون عدم ترتيب

---

(١) Req. 14 Août 1882, D.1883. I.

وأنظر كذلك :

Françpos Grphe, op. cit., p. 135.

(٢) Req., 11 Janvier 1887, D. 1888.5 269.

الحيازة لأثرها نتيجة طبيعية لاشتراط القانون توافر السبب الصحيح لاكتساب الحق بالحيازة وتخلف هذا الشرط بالضرورة فى كل حالة تتم فيها مخالفة القانون مخالفة تجاوز صدور التصرف من غير صاحب الحق . ولذلك أيضاً يظل الباب مفتوحاً للقول بأن حسن النية يمكن أن يؤدى دوره حتى فى حالة كونه نتيجة للجهل بأحكام القانون . ومن الواضح أن مثل هذا الحل يفرض نفسه كذلك فى حالة التقادم الخمسى حيث يشترط السبب الصحيح.

ويكفى لتأكيد التحليل السابق التأمل فى قضاء المحكمة فى صورة اكتساب الثمار بالحيازة . فقد اعتدت المحكمة — كما رأينا — بحسن النية فى هذه الصورة على الرغم من كون حسن النية ناشىء عن جهل فعلى بأحكام القانون . والواقع أن هذه الصورة لا يشترط فيها — كما نعرف — توافر السبب الصحيح لترتيب الحيازة أثرها . لذلك فبطلان التصرف الذى تستند اليه الحيازة ، أو عدم نفاذه ، لا يكون له من أثر على ترتيب الحيازة أثرها ، ما دامت قد تخلفت وسيلة ادخاله فى الاعتبار ، وهى السبب الصحيح . ولذلك أيضاً فان الحيازة تنتج أثرها بمجرد توافر حسن النية وبصرف النظر عن كون حسن النية نتيجة للجهل الفعلى بحكم أو آخر من أحكام القانون .

حقاً ان الاكتفاء بحسن النية لا يمنع ضرورة استناد الحيازة إلى تصرف معين يكون وجوده عنصراً لازماً لتوافر حسن النية . ولكن مجرد وجود هذا التصرف كاف لتوافر حسن النية ، حتى ولو كان باطلا (١) ، على نحو لا يكون معه البطلان مانعاً من توفر حسن النية .

---

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, Droit Civil, T. II, 2° vol., Les Biens, 1965, N° 44.

المبحث الثانى

الجهل بالقواعد المدنيه ومصادر القانون

٤١ – انتهينا فيما سبق إلى امكان التميز فى الأحكام المدنية بين الحكم الوضعى والحكم التكليفى ، لإعمال الأول إعمالا تلقائيا دون نظر إلى العلم به وترتيب إعمال الأخير على توافر امكانية العلم به . ومن الواضح ان امكانية العلم بالحكم لا يتصور توافرها قبل ثبوته من مصدره . غير أن ثبوت الحكم من مصدره لا يوفربذاته امكانية هذا العلم . ذلك ان هذه الامكانية تتوقف بعد ذلك على اعلام المكلفين به .

المطلب الأول : الجهل بالأحكام المدنية وثبوت الحكم من مصدره .

المطلب الثانى : الجهل بالأحكام المدنية واعلام المكلفين بالحكم .

المطلب الاول

الجهل بالاحكام المدنيه وثبوت الحكم من مصدره

٤٢ – لا شك فى أن الانتهاء إلى ضرورة ثبوت الحكم من مصدره كشرط لامكان العلم به من شأنه أن يلقى بمشكلة العلم بالأحكام المدنية فى خضم أزمة نظرية مصادر القانون والتيارات المختلفة التى تتنازعها . ذلك ان تحديد وقت ثبوت الحكم – ومن ثم توافر الشرط المبدئى لامكان العلم به – يختلف باختلاف المصدر الذى يرجع اليه الحكم المذكور .

١ – ثبوت الحكم بين التشريع والقضاء :

٤٣ – وقد كان الفقه الوضعى اللاحق للثورة الفرنسية ، بنزوعه إلى الشرعية ، ينظر إلى القانون كمجموع من القواعد العامة المجردة ويجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون الذى يستقى منه القاضى هذه القواعد بطريق القياس المنطقى . وهذه النظرة كان من شأنها الربط المطلق بين امكانية العلم بالقانون وبين اتخاذ الاجراءات اللازمة لنفاذ التشريع ، من اصدار ونشر ، دون التفات إلى الدور الذى تؤديه المصادر القانونية الأخرى وبخاصة القضاء.

غير أن تجاوز فكرة القاعدة القانونية إلى فكرة الحكم — باعتباره الأثر المحدد الذى يقتضيه خطاب الشارع فى كل فعل من أفعال المكلفين — من شأنه أن يغير من وضع المشكلة حتى مع دوام النظر إلى التشريع كمصدر رسمى وحيد للقانون وإلى القضاء كمجرد مصدر تفسيرى له . ذلك ان وجود التشريع نافذاً شىء ودلالته على حكم فعل بعينه شىء آخر . فالتشريع أولا ، كثيراً مالا يعنى الا بالموجهات البالغة العمومية فيتولى القضاء تحديد مضمونها(١) . ويمكن أن نضرب مثلا لذلك بالمادة ١٦٣ من القانون المدنى فى نصها على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» . فهذا النص يقتصر على تقرير الأصل العام فى المسئولية من ضرورة توافر الخطأ وترتب الضرر عليه لقيامها . ولكن المحاكم عليها أن تقيم كل مسلك يثور بشأنه النزاع لتقرير توافر أوعدم توافر الخطأ فيه ومن ثم تقرير حكم مثل هذا المسلك فى القانون . والتشريع ثانياً ، باعتباره مجرد مجموعة من القواعد العالة المجردة ، لايمكن مهما كانت درجة دقته وتفصيله أن يكون دالا بذاته على حكم جميع الأفعال التى يتصور أن تقع تحت طائلته دلالة قطعية ، ايجاباً كان هذا الحكم أو تحريماً أو تخييراً . ذلك أن دلالة التشريع على حكم أفعال المكلفين المختلفة والمتجددة تتراجع من اليقين إلى الظن بقدر ابتعاد هذه الأفعال عن تلك التى تكون فى ذهن واضعه وتمايزها عنها . ولذلك فكثيراً ما يكون ثبوت حكم الفعل متوقفاً على موقف سلطات التفسير الرسمية من تحديد مضمون نصوص التشريع ، على نحو يستحيل معه القول بثبوت حكم الفعل قبل أن تتخذ سلطات التفسير موقفاً محدداً من هذا الفعل بذاته .

ولا شك ان التحليل السابق من شأنه أن يثير مشكلة القدرة الخلاقة لسلطات التفسير (٢) . ولكن أيا ما كان الرأى فى مقدرة هذه السلطات على خلق قواعد القانون ، فيبدو لنا أنه لا مناص من التسليم بدورها فى اثبات

---

(١) Marty et Raynaud, T. 1, op. cit., p. 203.

(٢) أنظر فى هذا الموضوع :
Carbonnier, Droit Civil, T. 1, op. cit., p. 123 et s.

الأحكام التفصيلية لأفعال المكلفين فى تفرد كل منها وتميزه عن غيره من الأفعال ، يستوى بعد ذلك أن يكون اثبات الأحكام المذكورة مجرد إعمال للقياس المنطقى أو خلقاً لقواعد جديدة تسد النقص فى التشريع أو تطوع مضمونه للواقع الاجتماعى المتغير .

٤٤ ــ ولعله من الواضح ان هذا المنطق يسهل التسليم به فيما يتعلق بالتفسير التشريعى . ذلك أن هذا التفسير نظراً لصدوره من المشرع ذاته ، يكون له من العمومية ما يؤهله لتقرير الأحكام القانونية . غير أن التسليم بدور التفسير التشريعى فى اثبات الأحكام القانونية على هذا النحو ، من شأنه أن يغير من النظرة التقليدية لهذا التفسير وإلى حلول مشكلة الجهل بما يتضمنه من أحكام . فالتسليم بذلك ان كان لا يحول دون تعلق الأحكام الوضعية التى يقررها التفسير التشريعى بأفعال المكلفين على الرغم من صدورها قبل تواجده ، الا أنه يحول دون ذلك بالنسبة لما يقرره من أحكام تكليفية ، نظراً لأن تعلق هذه الأحكام بأفعال المكلفين يتوقف على امكان العلم بها وأن هذا الامكان لا يتأتى قبل تقريرها .

ولكن المشكلة تدق بالنسبة للتفسير القضائى . ففى ظل نظام لا يعترف بالسابقة القضائية يكون هناك دائماً مجال لاختلاف أحكام المحاكم دون أن يؤدى هذا الاختلاف إلى بطلان أى منها ما دام لم يطعن فيه أمام محكمة النقض أو لم يقض بنقضه فى حالة الطعن فيه . وبذلك يصعب اعتبار قرار المحكمة فى واقعة محددة مثبتاً لحكم نموذج معين من الأفعال يتجاوز الواقعة المقضى فيها ، كما يصعب اعتبار تواتر عدة أحكام على حل معين مثبتاً لمثل هذا الحكم إذا ما كانت أحكام أخرى قد تواترت على حل مخالف له . وعلى هذا النحو فكلما تعلق الأمر بحكم تكليفى لا يكون هناك مناص فى مثل هذه الحالات من القول بوجود «فراغ قانونى» لدى من يسلمون بأمكان وجود مثل هذا الفراغ ، أو من القول بأن حكم الفعل هو « التخيير» لدى من لا يسلمون بوجود الفراغ القانونى . وتطبيقاً لذلك يكون للمكلف

إذا ما ووجه بأن الفعل مأمور به أو منهى عنه أن يحتج دائماً بعدم ثبوت هذا الحكم أو ذاك .

على أن الأمر يختلف فى حالة تواتر القضاء فى مجموعة على حل معين دون آخر . ففى هذه الحالة يكون اعتبار تواتر القضاء مقرراً لحكم قانونى ينسحب اليه واجب العلم بالقانون كلما كان حكماً تكليفياً . ولذلك يكون جهل المكلف لمثل هذا الحل من قبيل التقصير فى واجب العلم بالقانون على نحو يمتنع معه الاحتجاج به لاستبعاد نتائج الحل المذكور .

وغنى عن البيان أن توافر التواتر المثبت للحكم القانونى على هذا النحو مسألة واقع تتوقف على ظروف عديدة من بينها عدد الأحكام ودرجة المحاكم الصادرة عنها فى السلم القضائى (١) . ولذلك فلا مناص فى هذا الصدد من الاعتداد بقضاء محكمة النقض — إذا كان لها قضاء فى المسألة التى يثور بشأنها ثبوت الحكم القانونى — باعتبار مالها من سلطة فى ضمان التطبيق السليم للقانون .

وإذا كان استلزام التواتر لثبوت الحكم عن طريق القضاء ليس الا نتيجة طبيعية لعدم الأخذ بنظام السابقة القضائية ، فان الأمر يختلف بالنسبة لقضاء المحكمة العليا عند ممارستها وظيفتها فى تفسير القانون . ذلك ان أحكام المحكمة العليا فى هذا الشأن — وخلافاً لأحكام محكمة النقض — تتمتع بالقوة الملزمة تجاه المحاكم الأخرى . ومن الواضح — تبعاً لذلك — ان صدور قرار من هذه المحكمة يعتبر بذاته مثبتاً للحكم بما يغنى عن التواتر اللازم لثبوته عن طريق قضاء غيرها من المحاكم . ذلك أن هذا القرار يأخذ فى الحقيقة حكم التفسير التشريعى (٢) .

---

(١) Mazeaud, Article précité, p. 948.

(٢) فى هذا المعنى : حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٦٩ ، هشام على صادق ، دروس فى المدخل إلى القانون والتشريعات الاجتماعية ، ١٩٦٩ — ١٩٧ ، ص ٧٤ وما بعدها .

٤٥ — على أن القول باعتبار القضاء مصدراً للحكم فى حالة التواتر على النحو السابق ، يثير مشكلة جديدة فى حالة العدول عن الحل المتواتر إلى حل آخر مخالف . ففى هذه الحالة يكون العلم بما يتضمنه الحل الجديد من أحكام تكليفية مستحيلا قبل القضاء به . ولذلك فالمنطق يقضى بتمكين المكلف من الاعتذار بجهل الحل الجديد .

ويبدو من استقراء أحكام المحاكم أن القضاء يسلم بهذه النتيجة (١) . غير أن الفقه يذهب إلى تفسيرها عن طريق مبدأ «الغلط الشائع يولد الحق». ذلك أن رجوع القضاء عن حل سابق معناه اعترافه باكتشاف خطئه فى تفسير القانون ، وأن هذا الخطأ القضائى قد خلق وضعاً ظاهراً يمكن الاحتجاج به على الرغم من مخالفته للقانون (٢) . غير أنه يبدو لنا أن الاستناد إلى فكرة الوضع الظاهر على هذا النحو تخفى وراءها الدور الخلاق للقضاء ، ذلك الدور الذى يصعب التسليم به فى ظل النظرية التقليدية لمصادر القانون . فالاستناد إلى هذه الفكرة عند تخلف النص الصريح لا يستقيم الا مع التسليم بقدرة القضاء على الانشاء . لذلك فلا مناص من القول بأن القضاء فى أخذه بحكم تكليفى معين خلافاً لقضاء مستقر سابق ، انما يقوم بتقرير هذا الحكم ، وأن الاحتجاج بالقضاء السابق فى هذا الصدد انما هو من قبيل الاحتجاج بعدم امكان العلم بالحكم التكليفى الجديد . وبعبارة أخرى ، فرجوع القضاء عن حل سابق يحمل محمل التعديل للوضع القانونى للمسألة التى يتحقق بشأنها الرجوع ، تماماً كما هو الحال فى صورة اصدار المشرع تشريعاً جديداً دون الالتفات إلى مدى تعارضه مع الوضع القانونى القائم ، وحيث لا يعتبر ذلك بمثابة خطأ من المشرع وانما يحمل دائماً محمل التعديل للوضع القانونى القائم قبله .

---

(١) Cass. 18 germ. an IIV, et les arrêt scités par Mazeaud, article précité.

(٢) فى هذا المعنى :

Mazeaud, article précité, p. 945 et s.

٤٦ ـ على ضوء ما تقدم يمكن البحث فى تحديد نطاق مشروعية الاعتذار بجهل الحكم التكليفى استناداً إلى عدم ثبوته قبل صدور الفعل الذى ينصرف اليه هذا الحكم .

ولا صعوبة فى الأمر إذا كان الحكم التكليفى ثابتاً مباشرة بنص قانونى . كذلك لا صعوبة فى الأمر إذا كان هذا الحكم ثابتاً عن طريق قضاء مضطرد أو عن طريق حكم من أحكام المحكمة العليا . ففى هذه الأحوال جميعاً لا يكون الاعتذار بجهل الحكم التكليفى استناداً إلى مجرد عدم ثبوته مقبولا ، ما دام النص المثبت له كان موجوداً قبل صدور الفعل الذى ينصرف اليه أو ما دام القضاء قد تواتر عليه أو كان قد صدر به حكم من المحكمة العليا قبل ذلك . ولكن الصعوبة تثور عندما يكون الحكم التكليفى راجعاً إلى مجرد قرار قضائى منفرد دون أن يمكن نسبته مباشرة إلى نص قانونى . كذلك تثور الصعوبة فى حالة تقرير القضاء لمثل هذا الحكم رجوعاً عن قضاء مخالف سابق ومضطرد . ففى هذه الصور يكون الحكم التكليفى حكماً جديداً على نحو يؤدى منطق إعماله إلى عدم تعلقه بفعل المكلف السابق نظراً لاستحالة العلم به قبل صدور «الحكم القضائى» المقرر له . ولكن هذه النتيجة تبدو متعارضة مع وظيفة القاضى فى نظامنا القانونى ، حيث القاضى لا يقوم بتقرير الأحكام على نحو منفصل عن النزاع المطروح عليه ، وحيث لا قيمة لهذه الأحكام الا بتطبيقها على هذا النزاع . فالقاضى « لا يتطوع بالفصل فى مشكلة قانونية من تلقاء نفسه ، بل يقتصر عمله على النظر فيما يرفع اليه من منازعات .. بل ان القاضى لا يفصل فيما يرفع اليه من قضايا الا إذا كانت متضمنه خلافاً له طابع عملى ، بمعنى انه لا يختص بالبت فى الخلافات النظرية البحتة .. » (١) . ولذلك فالبحث عن حكم معين لا يعرض على على المحكمة ، أولا يكون له قيمة عملية معينة ، الا إذا كان بصدد انزال حكم القانون على فعل معين من أفعال المكلفين . والمحكمة من حقها ومن

(١) حمدى عبد الرحمن ، نظرية القانون ، الكتاب الأول من مؤلفه «دروس فى القانون» بالاشتراك معنا ، بيروت ، ص ١٢٢ .

واجبها بالضرورة أن تنزل الحكم الذى تراه موافقاً للقانون على مثل هذا الفعل . ولذلك لا تبدو هناك جدوى من الاعتذار أمامها بأن الحكم الذى انتهت اليه لم يكن ثابتاً من قبل أو الاعتذار بأن هذا الحكم مخالف للقضاء المستقر . ذلك أن الاعتذار بذلك معناه مصادرة حق المحكمة فى التفسير .

والواقع ان التعارض بين تقرير الحكم التكليفى فى قرار القاضى الفاصل فى النزاع وبين قبول الاعتذار بعدم ثبوته من قبل ليس كما يبدو لأول وهلة تعارضاً تاماً . ذلك ان الاعتذار بعدم ثبوت الحكم من قبل — ومن ثم بجهله — انما يعمل من خلال فكرة «أسباب الاباحة» وليس من خلال فكرة التكليف ذاتها ؛ كما قدمنا . وبعبارة أخرى ، فتقرير التكليف واعفاء المكلف مع ذلك منه ، معناه التسليم بتوافر سببه وشروطه من ناحية ، وقيام مانع من موانعه فى حق المكلف المعروض أمره على المحكمة بالذات من من ناحية أخرى .

ويمكن أن نأخذ مثلا لذلك من المسئولية الخطئية . فالمدعى عليه فى دعوى المسئولية الخطئية يستطيع أن يدفع بأن فعله لا يعتبر خطأ فى القانون كلما كانت صفة الخطأ فيه غير ثابتة مباشرة بنص تشريعى أو بقضاء متواتر أو بقرار من المحكمة العليا ، كما يستطيع — على سبيل الاحتياط — أن يدفع بجهل صفة الخطأ فى فعله للافلات من المسئولية فيما لو انتهت المحكمة إلى اعتبار فعله مكوناً للخطأ اللازم لقيام المسئولية . فاذا ما انتهت المحكمة إلى عدم اعتبار الفعل مكوناً للخطأ ، قررت انتفاء مسئولية المدعى عليه أصلا . أما إذا انتهت إلى عكس ذلك فيكون عليها —قبل أن تنتهى إلى قيام مسئولية المدعى عليه — أن تقضى بقبول الدفع الاحتياطى شكلا وأن تبحث بعد ذلك فى صحته من الناحية الموضوعية ، لتنتهى إلى رفض دعوى المسئولية إذا ما ثبتت لديها صحته(١) .

---

(١) فى الوصول إلى ذات النتيجة من طريق آخر ، أنظر : Dereux, op, cit., p. 538

٢ — **ثبوت العرف بين الحكم والقضاء :**

٤٧ — أدت حملة «جيني» على عبادة التشريع إلى تسليم الفقه بأن المصادر الرسمية للقانون تتسع للعرف بجانب التشريع . ولكن بقايا الشرعية المتولدة عن الثورة الفرنسية وتقنينات القرن الماضي مازالت ماثلة في مواجهته كمجموع من القواعد العامة المجردة مثله في ذلك مثل التشريع (١) . فسواء كان للعرف قوة ذاتية كما يؤكد البعض ، أو كان يستمد قوته من ارادة المشرع الضمنية كما يذهب البعض الآخر ، أو كان يستمد هذه القوة من تطبيق القضاء له كما يقول به البعض الثالث (٢) ، فإن العرف لا يرتقى إلى مرتبة المصدر الرسمي للقانون — في نظر الفقه خاصة — الا حينما يمكن استخلاص قاعدة عامة مجردة من الحلول الفردية المتتابعة في المجتمع ، يستوى بعد ذلك أن تودع الجماعة مثل هذه القاعدة في مبدأ عام تجرى على اتباعه أو أن لا تصل القاعدة إلى مثل هذه المنزلة ما دام من المتيسر استنباطها من الحلول التي يجرى عليها العمل (٣) .

والحقيقة السابقة تؤدى بنا إلى معاملة العرف ذات المعاملة التي يلقاها التشريع . فالقاعدة العرفية — من حيث هي قاعدة عامة مجردة — لا يمكن أن تكون بذاتها كافية للدلالة على حكم جميع الأفعال التي يتصور أن تنضوى تحتها ايجاباً وسلباً . ولذلك فلا مناص من ظهور كثير من الأفعال التي

---

(١) في هذا المعنى :

Carbonnier, Droit civil, t.a, op. cit., p. 28.

(٢) في تفصيل ذلك ، أنظر : حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ، ص ٢٨٣ وما بعدها .

(٣) في هذا المعنى ، أنظر :

Paul Amselek, op. cit. p. 168.

وأنظر كذلك تفرقة الأستاذ «كربونييه» بين «العرف الشعبي» و «العرف الفكرى او العقلى» :

Droit civil, T.1, op. cit. p. 111.

وقارب :

Pedamont, op. cit. No. 18 et s.

لا يمكن معرفة حكمها عن طريق القاعدة العرفية مباشرة ، ويتعين فى صددها انتظار ما يستقر عليه القضاء أو ما تقضى به المحكمة العليا فى تفسيرها للقاعدة العرفية . لذلك لم يكن غريباً — حتى على من يؤكد قوة العرف الذاتية — التسليم بأن «دور القضاء .. غير منكور فى تحديد مضمون العرف وفى تحديد قوته الملزمة على السواء» نظراً لأن العرف «يعوزه دائماً الوضوح والتحديد ، لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل فى الجماعة بسنة معينة» (١) . وغنى عن البيان — بعد أن رأينا دور القضاء فى اثبات الحكم استناداً إلى التشريع — ان الفارق فى هذا الصدد بين العرف والتشريع ليس الا فارقاً كمياً بحتاً . فالقضاء فى كلا الحالتين له دور فعال فى تقرير الأحكام ، وان كان هذا الدور أوسع فى مجال العرف منه فى مجال التشريع .

وترتيباً على ذلك فكلما كان القضاء منقسما بصدد إعمال قاعدة عرفية معينة على بعض الأفعال ، كان حكم هذه الأخيرة غير ثابت على نحو يحول دون توافر امكانية العلم به ويمكن من الاحتجاج بجهل الحكم الذى تثبته المحكمة المعروض عليها النزاع لها . وعلى العكس من ذلك فكلما انعقد اتجاه القضاء على إعمال القاعدة العرفية على بعض الأفعال أو قضت بذلك المحكمة العليا ، صار حكمها ثابتاً على نحو يزيل العقبة التى تحول دون امكان العلم به ويمنع من الاحتجاج بجهله استناداً إلى مجرد عدم ثبوته . وبالمثل كلما رجع القضاء عن حكم معين إلى حكم آخر استناداً إلى سلطته فى تفسير العرف ، كان معنى ذلك اثبات حكم جديد لا تتوافر امكانية العلم به قبل هذا الرجوع ، ويمكن الاحتجاج بجهله استناداً إلى مجرد عدم ثبوته قبل صدور فعل المكلف موضوع الحكم المذكور . وهذه النتيجة الأخيرة تستقيم تماماً مع امكان تغير مضمون القاعدة العرفية ذاتها تحت تأثير العمل ، على الأقل بالنسبة للعرف «الشعبى» الذى لا يترجمه مبدأ قانونى عام يعمل من خلاله ، ما دامت هذه القاعدة تجد مصدرها فى الواقع العملى وحده .

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٥٦ ص ٢٨٨ .

٣ — ثبوت الحكم ودور الارادة فى تحديد مناطق اعماله :

٤٨ — يؤكد البعض أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ينحسر عن القواعد المكملة ، ترتيباً على أن هذه القواعد لا تطبق — بحسب طبيعتها — الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها (١) . ويرى البعض الآخر أنه لا مبرر لاستثناء هذه القواعد من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إذ ما دامت القاعدة المكملة قاعدة ملزمة فلا ينبغى الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لأن الالزام بمضمونها ينطوى على معنى الالزام بالعلم بهذا المضمون (٢) . والخلاف على هذا النحو مبعثه ما يكتنف فكرة الالزام فى القانون بصفة عامة — وفى هذه القواعد بصفة خاصة بالنظر لوظيفتها التكميلية — من غموض ، وما يؤدى إليه ذلك من عدم التمييز بين الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية عند مواجهة مشكلة الجهل بالقانون .

والواقع أنه لما كانت القواعد المكملة لا تطبق الا عند عدم الاتفاق على ما يخالفها ، فان مناط تطبيقها يقتصر على حالة انعدام مثل هذا الاتفاق على نحو لا يتصور البحث معه فى امكان أو عدم امكان الاعتذار بجهلها الا عند تخلف الاتفاق المذكور . ولذلك فان الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد ليس معناه الاعتذار بجهلها وانما معناه عدم توافر مناط تطبيقها ، تماماً كما هو الحال بالنسبة لقاعدة أخرى آمرة يتخلف شرط من الشروط اللازمة لتطبيقها . فاذا انعدم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المكملة توافر مناط تطبيقها وكان هناك بالتالى مجال لتطبيق الحلول التى انتهينا إليها بصدد مشكلة الجهل بالقانون .

---

(١) السنهورى ، نظرية العقد ، بند ٣٧٣ ، ص ٣٨٧ . وأنظر كذلك الأعمال التحضيرية القانون المدنى ، جـ ٢ ص ١٦٤ .

وفى ذات المعنى :

Dereux, op. cit., p. 515.

(٢) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٤ ص ٣١٨ .

على أنه يلاحظ أنه إذا كان ارتهان تطبيق القواعد المكملة بعدم وجود اتفاق مخالف لا يؤثر فى تطبيق الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون عليها على هذا النحو ، فان اختلاف النظر إلى وظيفة هذه القواعد من شأنه أن يغير من نتائج تطبيق الحلول المذكورة بشأنها فى حالة رجوع القضاء عن تفسير معين لقاعدة من هذه القواعد إلى تفسير جديد آخر . ذلك ان النظر إلى هذه القواعد كقواعد «مفسرة» للارادة يؤدى منطقاً إلى إعمال الحل الذى يتضمنه التفسير القديم فى مثل هذه الحالة، باعتباره الحل الذى يمكن القول بانصراف الارادة اليه . أما النظر اليها كقواعد مكملة للتصرف القانونى — بصرف النظر عن استنادها أو عدم استنادها إلى الارادة المنشئة له — فهو لا يحول دون إعمال الحل الذى يتضمنه التفسير الجديد ، وانما يحول فقط دون مؤاخذة المكلف بما قد يتضمنه هذا الحل من تكليف عن الفترة السابقة على أخذ القضاء بالتفسير الجديد . فاذا تعلق الأمر مثلا باثبات التزام لم يكن ثابتاً من قبل على احد الأطراف ، فان المدين يؤخذ بمثل هذا الالتزام ولكن لا يمكن اعتباره مقصراً فى تنفيذه ، بما يؤدى إلى استبعاد نتائج التقصير فى الفترة السابقة على قرار المحكمة .

ومن الواضح ان النظر الأول يؤدى إلى مصادرة دور المحكمة فى تفسير القانون بصدد إعماله على النزاع المطروح عليها . أما النظر الآخر ، ففضلا عن أنه النظر الذى يأخذ به الفقه الحديث ، فهو يؤدى إلى ذات النتائج التى ترتبها الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون .

كذلك يلاحظ ان جهل المتعاقدين بحكم القاعدة المكملة جهلا فعلياً قد يدفع بهما إلى تنظيم علاقتهما على نحو معين ، كما لو كان البائع والمشترى يعتقدان مثلا ان مصروفات العقد وفقاً للقواعد المكملة تكون على البائع فادخلا ذلك فى تقديرهما للثمن . ومن الواضح ان هذا الجهل يؤدى إلى عدم تطبيق القاعدة المكملة . ولكن عدم تطبيقها لا يرجع فى الواقع إلى خروج هذه القاعدة عن سلطان الحلول العامة لمشكلة الجهل بالقانون، وانما إلى تخلف مناط تطبيقها نظراً لوجود اتفاق ضمنى أكيد على مخالفتها .

٤٩ — ويقترب من القواعد المكملة فى هذا الصدد القواعد التى تتضمنها العادات الاتفاقية . فرغم أن العادة الاتفاقية لا تعتبر مجرد واقع ولا تفترق عن العرف من حيث القوة الملزمة ، على نحو ما سبق أن رأينا ، الا أنها تختلف عنه فيما يتعلق بنطاق إعمالها . ذلك أن وحدة المنشأ للعرف والعادة الاتفاقية وتوافر صفة العمومية فى كل منهما ، لا يمنع من أن القاعدة العرفية تتميز بانفصالها عن الارادة الفردية للمخاطبين بها انفصالا لا يتوافر للقاعدة التى تتضمنها العادة الاتفاقية . ولذلك فأحكام القاعدة العرفية تتعلق مباشرة بأفعال المكلفين ما لم تتوافر بالفعل ارادة مخالفة منهم . أما أحكام العادة الاتفاقية فيتوقف تعلقها بأفعال المكلفين على انصراف ارادتهم اليها (١) .

وهذا الفارق فى مناط الإعمال يترتب عليه فارق آخر فيما يتعلق بتوافر امكانية العلم . ذلك ان توافر مناط إعمال العادة الاتفاقية — خلافاً للعرف — هو انصراف الارادة إلى إعمالها ، وأن انصراف الارادة إلى هذا الإعمال يفترض بالضرورة توافر العلم الفعلى أو على الأقل توافر امكانية العلم بها . وبعبارة أخرى فتخلف امكانية العلم بالعادة الاتفاقية لا يعنى مجرد توافر مانع من تعلق حكمها بفعل المكلف كلما كان حكماً تكليفياً ، وانما يعنى فوق ذلك عدم توافر مناط تطبيقها من الأصل ، بكل ما تتضمنه من أحكام تكليفية وأحكام وضعية .

المطلب الثانى

الجهل بالاحكام المدنيه اعلام المكلفين بالحكم

٥٠ — لا يكفى ثبوت الأحكام التكليفية للقول بامكان العلم بها ، وانما يلزم فوق ذلك توافر وسيلة نقلها لعلم المكلفين . وهذه الوسيلة يختلف أمرها باختلاف مصادر الأحكام :

١ — الاعلام بالاحكام التشريعيه :

٥١ — فبالنسبة للتشريع ، يعتبر النشر فى الجريدة الرسمية هو وسيلة حمل

---

(١) فى هذا المعنى :

Pedamont, op. cit., No. 32 et s.

الأحكام إلى علم المخاطبين بالقانون . وقد سبق أن عرضنا لمدى قصور هذه الوسيلة فى تحقيق العلم الفعلى للمكلفين بأحكام القانون – خاصة فى العصر الحديث الذى تتزايد وتتداخل فيه التشريعات – ثم لمحاولات البحث عن وسائل أخرى أكثر ضماناً لتحقيق هذه الغاية . ولا شك لدينا ان هذه المحاولات مبعثها تصور ضرورة العلم الفعلى بأحكام القانون كشرط منطقى لامكان تطبيقه على المكلفين . غير اننا قد رأينا أن مشكلة العلم بأحكام القانون لا تثور الا بالنسبة لطائفة معينة من هذه الأحكام هى الأحكام التكليفية ، وان ماهية هذه الأحكام لا تفترض منطقاً لامكان إعمالها سوى امكان علم المكلف بها ولو لم يتوافر له العلم الفعلى . كذلك قد انتهينا من بعدإلى ضرورة التمييز بين الأحكام التى تجد دليلها المباشر فى نصوص التشريع ذاتها وتلك التى لا تجد دليلها المباشر الا فى اجتهاد القضاء . وهذه الحقائق مجتمعة من شأنها أن تقودنا إلى كفاية النشر فى الجريدة الرسمية لتحقيق الغرض المقصود من الاعلام بأحكام التشريع .

فمن ناحية أولى يقتصر الغرض من الإعلام على التمكين من العلم بالأحكام التكليفية دون أن يتجاوزه إلى تحقيق العلم الفعلى بها ، ذلك العلم الذى يتوقف تحققه – بالفعل – على قيام المكلف ببذل العناية المفروضة عليه لاكتسابه . ومن ناحية أخرى فالمقصود بالأحكام المذكورة هو الأحكام التى تجد دليلها المباشر فى النص التشريعى – دون غيرها مما يجد دليله المباشر فى اجتهاد القضاء – على نحو يكفى معه امكان الاطلاع على الجريدة الرسمية للتمكن من العلم بها .

غير أن هذا القول ليس من شأنه بالضرورة وفى جميع الأحوال افتراض امكان العلم بأحكام التشريع بمجرد نشره فى الجريدة الرسمية وانما مجرد نقل المشكلة من مجال البحث فى توافر أو عدم توافر وسائل العلم بالقانون إلى مجال البحث فى امكانية الاطلاع على الجريدة الرسمية . ولاشك ان هذا الوضع الجديد للمشكلة من شأنه أن يؤدى إلى تفاوت الحلول نتيجة الاعتداد باختلاف المسافة الجغرافية بين الأفراد . فاذا كان تحديد

وقت نفاذ القانون بتاريخ معين لاحق لتاريخ نشره ، وما تتيحه وسائل المواصلات الحديثة من اعتبار اقليم الدولة وحدة واحدة من حيث توافر وسيلة الاعلام بأحكام القانون ، يؤديان إلى عدم التمييز بين المكلفين الموجودين على اقليم الدولة فى هذا الصدد، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمكلفين الموجودين فى جزء من هذا الاقليم تحول قوة قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية اليه أو بالنسبة للمكلفين الموجودين خارجه .

على هذا النحو فالفقه يسلم دائماً — ورغم تشبثه باطلاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون — بامكان الاحتجاج بجهل القانون «فى حال قيام قوة قاهرة — كفيضان أو احتلال أجنبى — تعزل بعض المناطق فى الدولة عزلا تاماً يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية اليها» كاستثناء على على هذا المبدأ (١) . ولكن الأمر لا يتعلق فى نظرنا باستثناء بقدر ما يتعلق بالتطبيق الأصيل لحلول مشكلة الجهل بالقانون ، تلك الحلول التى تميز بين الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية وتجعل مناط عدم جواز الاحتجاج بجهل الأولى هو امكان العلم بها وليس مجرد ثبوتها من مصادرها .

وعلى هذا النحو أيضاً فقد رأينا محكمة النقض الفرنسية (٢) — فى حالة سريان القانون على الوطنيين الموجودين بالخارج — تترك للقاضى حرية تقدير الظروف المحيطة بالمكلف ومن بينها وصول الجريدة الرسمية للبلد الموجود فيه المواطن . ومن الواضح أن هذا الحل الذى يبدو مناقضاً لفكرة المساواة بين المواطنين فى التصور التقليدى لمشكلة الجهل بالقانون يعتبر إعمالا صحيحا لهذه المساواة فى التصور الذى انتهينا اليه لهذه المشكلة .

٢ — الاعلام بالأحكام العرفيه :

٥٢ — أما بالنسبة للعرف — الذى يعبر فى الواقع عن قواعد القانون ذات الأصل التاريخى أو ذات الأصل الشعبى — فلا تتوافر وسيلة معينة

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ، بند ١٧٥ ص ١١٩ .
وأنظر كذلك فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٦٥/٤/٨ / مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٦ ، رقم ٢٧٧ ، ص ٤٧٦ .

(٢) مشار اليه فيما سبق ، ص ١٩

لنشره كما هو الحال بالنسبة للتشريع . ولكن هل معنى ذلك عدم توافر وسيلة للاعلام بما يحتويه من أحكام ؟ الواقع ان هذه الوسيلة توفرها عملية الاعتياد (١) المصاحبة لتكوين العرف والتى تخلق قوته الملزمة لدى المكلفين. بل ان هذا الاعتياد يحقق الاعلام على نحو أو فى مما يحققه النشر بالنسبة للتشريع . ولذلك فالعرف – أو بعبارة أخرى التعارف – لا يعبر فى الواقع عن مصدر الأحكام «العرفية» بقدر ما يعبر عن وسيلة حملها إلى المكلفين . ولذلك أيضاً فالعرف كما يقول البعض هو ذاكرة الأمة (٢) .

والعرف – أو التعارف – كوسيلة للاعلام بالأحكام «العرفية» لا يسمح بطبيعته بالاعتداد بالمسافة الجغرافية على النحو السابق بيانه بالنسبة للتشريع . ولذلك فلا يتصور الاحتجاج بجهل الحكم «العرفى» ممن يوجد فى مناطق الدولة المعزولة أو خارج اقليمها . على أنه من الواضح ان هذا القول لا ينفى أن العرف قد يكون عرفاً عاماً أو مجرد عرف مهنى أو محلى تقتصر قوته الملزمة على مهنة أو منطقة معينة .

٣ – الاعلام بالاحكام القضائيه :

٥٣ – أما بالنسبة للقضاء كمصدر منشىء للأحكام التكليفية ، فقد رأينا أن ثبوت حكم تكليفى لا يستند مباشرة إلى النص لا يمكن أن يتوافر ما دام القضاء فى مجموعه لم يتواتر على الحل الذى يتضمنه ، وما دام لم يصدر به قرار تفسيرى من المحكمة العليا ، وأن الحكم فى هذه الحالة لا يعتبر مصدره «قاعدة قضائية» وانما قرار المحكمة الفردى . ولذلك رأينا انه يمكن فى مثل هذه الحالة الاعتذار بعدم وجود قاعدة «قضائية» أو تشريعية مقررة للحكم التكليفى من قبل توصلا إلى استبعاد نتائج التقصير فى اتباع التكليف الذى

---

(١) أنظر فى ذلك ص ل. م. ماكيفر وشارل بيج ، المجتمع ، الجزء الأول ، ترجمة الدكتور على أحمد عيسى ، طبقة ثانية ، ١٩٦١ ص وما بعدها . وأنظر كذلك :

Carbonnier, Flexible droit, op. cit., Chapitr eVI, "La Génése de l'obligatoire dans l'apparution de la coutume", p. 73 et s.

(٢) Carbonnier, Droit citil, T.1, op. cit. No. à.p. 28.

تقره المحكمة بقرار فردى منها . أما إذا توافر التواتر أو توافر حكم من المحكمة العليا ، فتقوم القاعدة «القضائية» المقررة للحكم على نحو لا يمكن معه استبعاد تعلقه بفعل المكلف الا باثبات استحالة العلم به . ولذلك فيثور التساؤل فى هذه الحالة عن كيفية ضمان تمكين المكلفين من هذا العلم .

وقد رأينا اتجاهاً فقهياً للبحث فى ضمان التمكين من استنباط الأحكام من القضاء وضمان نشرها . ويبدو لنا أن المشكلة بالنسبة للتواتر القضائى تكمن فقط فى استنباط الأحكام من القضاء — للقطع فى أمر ثبوتها — دون نشر هذه الأحكام . ذلك ان الاعلام بهذه الأحكام من بعد استنباطها يتحقق بالضرورة ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للعرف . فهذا التواتر يؤدى إلى التعود الذى يحقق العلم أو امكان العلم ، خاصة وأن قيام الحكم «القضائى» ذاته يتوقف على قيام هذا التواتر . ويكفى مثلا على ذلك أحكام المسئولية عن الأشياء التى أقامها القضاء الفرنسى . فتواتر حلول معينة فى صدد هذه هذه المسئولية هو الذى أدى إلى امكان القول بوجود هذه الأحكام واتباعها من بعد ، وهو الذى يمكن فى ذات الوقت من العلم بهذه الأحكام .

أما بالنسبة لقضاء المحكمة العليا ، فهذا القضاء يتحقق الاعلام به عن طريق النشر فى الجريدة الرسمية ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للتشريع .

خاتمـــة

٥٤ ــ لعل أهم ما نخرج به من هذه الدراسة هو أن مشكلة الجهل بالقانون ــ فى أى فرع من فروعه ــ باعتبارها مشكلة كلية تتصل بذات القانون وليس بفرع أو مصدر أوآخر من فروعه ومصادره ، انما ترتبط أشد الارتباط بتصورنا للقانون من حيث جوهره ومن حيث صياغته . فتصور معين للقانون لابد أن يعكس تصوراً موازياً لمشكلة الجهل بالقانون .

وعلى هذا النحو فمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون من حيث تأصيله ومن حيث ما ينساب منه من حلول عملية ما هو الا انعكاس لتصور القانون الذى ساد نتيجة لفلسفة ما بعد النهضة الأوربية ، والذى يرى فى القانون تعبيراً عن ارادة الأفراد من حيث الجوهر ، ويرى فيه مجموعة من قواعد السلوك المصحوبة بجزاء من حيث الشكل . ولذلك كان طبيعياً أن تسجل الحلول العملية منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر تراجعاً ملحوظاً ومتزايداً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون فى ميادين عمله المختلفة ، أمام ما لحق ظاهرة القانون فى المجتمع الحديث من تعقيد وتشابك ، وأمام ما حققته مناهج البحث فيها من تقدم .

٥٥ ــ وابتداء من الحقائق السابقة فقد اتجهنا إلى دراسة مشكلة الجهل بالقانون انبعاثاً من تصور آخر للقانون يأخذ التوطرات السابقة بعين الاعتبار ، ولعل الغريب فى هذا الأمر أن نجد أسس هذا التصور فى نظرية أصول الفقه فى الشريعة الاسلامية التى مضى على ارساء دعائمها أكثر من ألف عام مضت .

وعلى هذا النحو فقد رأينا ضرورة الاعتداد بالحكم كوحدة أساسية يتكون منها البنيان القانونى بدلا من الوقوف عند فكرة القاعدة القانونية فى تجريدها ، بما يستتبعه ذلك من التميز بين الحكم الوضعى والحكم التكليفى ، والتميز

بين أقسام كل من هذين النوعين من الأحكام ، واظهار العلاقة بين وقائع العالم المختلفة – التي تحكمها القانون – وبين ما يغطيها من أحكام .

وقد كان لهذا المسلك أثره المباشر فى تصورنا لمشكلة الجهل بالقانون . فالحكم الوضعى – من حيث هو «جعل» من الشارع – لا يتوقف اعماله على ادراك المخاطب بالقانون له ومن ثم على علمه به.أما الحكم التكليفى – ومن حيث أنه يلقى بواجب معين على المخاطب بأحكام القانون – فهو وحده الذى يتوقف اعماله على ادراك المخاطب بالقانون له ومن ثم على علمه به. وعلى هذا النحو رأينا صحة القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون فيما يتعلق بالأحكام الوضعية ، ولكن لا على أساس افتراض العلم بها وانما على أساس عدم لزوم العلم بها لاعمالها .

أما فيما يتعلق بالحكم التكليفى ، فقد رأينا خطأ القول بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون . ذلك أن اعمال هذا الحكم يفترض بالضرورة علم المكلف به . غير أن العلم المقصود فى هذا الصدد ليس هو العلم الحقيقى بالنسبة لكل مكلف على حدة ، وانما هو مجرد امكانية العلم بالنسبة للكافة . ذلك أنه مادامت ضرورة العلم مترتبة على جوهر فكرة التكليف ، فان المنطق يقتضى النظر إلى العلم بالحكم التكليفى هو الآخر كواجب قانونى– أو تكليف مسبق – يجد حدوده فى فكرة الاستحالة ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للتكليف الأصلى ذاته .

وعلى أساس من النظر السابق ، واجهنا تحليل أحكام القانون المدنى إلى أحكام وضعية وأحكام تكليفية . وقد رأينا أن الحلول العملية التى التى تبدو متعارضة مع نتائج مبدأ جواز الاعتذار بجهل القانون ، تبدوا على العكس من ذلك متمشية تماماً مع النظر إلى مشكلة الجهل بالقانون من خلال التفرقة بين الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية ، والبصر بمقتضيات كل من النوعين من الأحكام .

كذلك فعلى أساس من هذا النظر ، واجهنا مصادر القانون المختلفة ، لنتعرف على المصدر الحقيقى للحكم أو دليله ، ومدى امكانية العلم بالأحكام المتولدة من كل مصدر . وقد رأينا فى هذا الصدد عدم صحة اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للأحكام ، وضرورة الاعتراف بدور القضاء والعرف فى هذا الصدد ، كما رأينا أن هذا الاعتراف من شأنه أن يمايز بين الأحكام المتولدة عن هذه المصادر المختلفة من حيث امكانية العلم بها ، وأن هذا التمايز من شأنه أن يوصلنا إلى نتائج تتفق مع المنطق ومع الحلول العملية .

٥٦ — ولعل من أهم ما تكشف عنه هذه الدراسة أخيراً ، هو توجيه النظر إلى الأهمية البالغة لنظرية أصول الفقه فى الشريعة الاسلامية بالنسبة للباحث الحديث فى النظرية العامة للقانون . فهذه النظرية تقدم فى الواقع تصوراً علمياً غاية فى الدقة والوضوح لتكوين القانون . وهذا التصور من شأنه أن يلقى ضوءاً كبيراً على كثير من مباحث النظرية العامة للقانون التى يحتدم النقاش حولها فى الفقه الحديث ، والتى يصعب أو يستحيل التوصل إلى حل متبول لها نظراً لخطأنقطة البداية لدى الفقه الحديث كله، كما هو الحال فى مدى استيعاب عنصر النمط السلوكى لفحوى القواعد القانونية وكما هو الحال فى مشكلة الجزاء وفى مشكلة مصادر القانون . لذلك فيبدو لنا أنه قد حان الأوان للكشف عن مكنونات تراثنا القانونى فى هذا الصدد واخراجها اخراجاً جديداً يتفق مع العقلية القانونية الحديثة ولغة العصر . ولعل فى سلوك هذا الطريق ما يمكننا من أن نسهم فى التقدم العالمى لدراسة القانون بدلا من أن نظل عالة على العالم الغربى فى هذا المجال ، نجتر ما يقدمه لنا من أفكار صاغتها خصوصيات تطوره التاريخى وفكره الفلسفى ، دون أن نكون قادرين على تقييمها أو الاسهام فى تطويرها وتوجيهها .

أسس التنظيم القضائى والقانونى فى مصر
خلال العصرين البطلمى والرومانى

للدكتور عبد المجيد الحفناوى

١ — الغايه من هذه الدراسة :

سينصب اهتمامنا فى هذا البحث على أسس التنظيم القضائى والقانونى فى مصر فى العصرين البطلمى والرومانى . وهناك أسباب عديدة حدت بنا إلى ذلك ، منها أن الخلاف ما زال محتدماً بين العلماء فى مختلف البلاد حول هذا الموضوع (١) ، ومنها اننا لم نعثر على أبحاث باللغة العربية تعالج هذا الموضوع الهام ، ومنها أخيراً أنه يمكن اضافة بعض الأفكار الجديدة التى تلقى الضوء على بعض الجوانب المجهولة من هذا التنظيم والأسس التى يرتكز عليها ابان هذه الفترة الطويلة .

٢ — خطة البحث :

من المعلوم أن بطليموس الأول سوتير نصب نفسه ملكاً على مصر فى عام ٣٠٥ ق . م ، واستطاع أن يؤسس أسرة مالكة أجنبية كانت محوراً لتاريخ مصر السياسى والقانونى ابان القرون الثلاثة قبل الميلاد . ولقد أطلق المؤرخون على هذه الفترة اسم العصر البطلمى نسبة إلى هذه الأسرة .

وتصدى ملوك البطالمة لتنظيم الدولة المصرية من جوانبها المختلفة . ويرجع الفضل الأكبر فى هذا المجال للملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس . إذ بلغت الدولة البطلمية فى عهده ذروة المجد، ولم يعد يشغله ما كان يشغل الملك

---

(١) Wolff (H. J.) : Das Justizwesen der ptolemaer, München, 1962.

بطليموس الأول من صراعات سياسية ، سواء فى الداخل مع خصومه السياسيين أو فى الخارج مع قادة الاسكندر . ولقد أجرى بطليموس الثانى فيلاديلفوس عدة اصلاحات من أهمها الإصلاح القضائى والتشريعى .

واستمر الحكم البطلمى حتى عام ٣٠ ق . م . حينما فتح اكتافيوس مصر وأعلن ضمها إلى الامبراطورية الرومانية ، وجعلها ولاية رومانية . وبدأ بذلك العصر الرومانى فى مصر ، والذى استمر حوالى سبعة قرون ، إلى أن تمت هزيمة الرومان فى عام ٦٤١ م فى موقعة حصن بابليون على يد عمرو بن العاص . وصارت مصر بالتالى ولاية اسلامية .

ويمكن على هذا النحو تحديد الاطار الزمنى لهذه الدراسة التى تمتد لألف عام تقريباً . وتتقابل خلالها نظم وأفكار قانونية حملها الإغريق والرومان إلى مصر ، مع النظم والأفكار القانونية التى كانت سائدة فى مصر من قبل . ويترتب على هذا «التقابل» تأثيرات متبادلة ، نتيجة تعايش هذه النظم معاً وتجاورها ، رغم أنها تنتمى إلى أصول مختلفة . ذلك ان النظم القانونية اليونانية نشأت فى اطار المدن اليونانية فى اليونان (١) . ويقال نفس الشيء بالنسبة للنظم القانونية الرومانية التى نشأت أصلا فى روما .

وخضعت هذه النظم لسلسلة من التغييرات نتيجة لاختلاف الظروف الاجتماعية والسياسية التى نشأت أصلا فى ظلها . كما تكونت مناطق للاحتكاك بينها وبين النظم القانونية المصرية . وتحقق بعض مظاهر الامتزاج ، ولكنه لم يكن امتزاجاً تاماً . ذلك أن اختلاف العوامل العنصرية واللغوية والدينية لعب دوراً بارزاً فى انفصال المصريين عن الأجانب . ووجدت ظاهرة «الازدواج» فى مجال القضاء والقانون . فالأجنبى المقيم فى مصر كان يجهل اللغة المصرية . كما أن عاداته كانت مختلفة تماماً عن العادات اللصيقة بالمصريين . ولم تكن تهمه حضارتهم ، وانما كان شغله الشاغل ينصرف

---

(١) أنظر : Gernet (L.) : Introduction à l'étude du droit grec ancien, Archives d'histoire du droit orientale, t. 2, 1938, P. 261—292.

إلى البحث عن الثروة والعيش فى وضع متميز عن المصريين . وحرص على اتباع قواعد قانونه الأصلى . ومن ناحية أخرى فان مصر ، وهى المحصورة فى الأصل فى اطار الفلاح ، حافظت على أصالتها وذاتيتها الحضارية المستقلة من خلال استمرار الحضارة الفرعونية . وتقابلت فى اطارها نظم تنتمى إلى حضارات مختلفة . ولم يترتب على ذلك امتزاج هذه النظم ، وانما مجرد تجاورها وحدوث تأثيرات متبادلة فى حدود معينة ، نتيجة تعايشها معاً لفترة طويلة من الوقت .

وهكذا تتضح السمات العامة لهذه الدراسة التى سنقسمها إلى قسمين ، نخصص أولهما لدراسة أسس التنظيم القضائى فى العصرين البطلمى والرومانى ، ويتناول ثانيهما أسس التنظيم القانونى خلال نفس الفترة ، نظراً للارتباط الوثيق ما بين التنظيم القضائى والتنظيم القانونى ، كما سنوضحه بالتفصيل .

القسم الأول

أسس التنظيم القضائى فى مصر

فى العصرين البطلمى والرومانى

الباب الأول

أسس التنظيم القضائى فى مصر فى العصر البطلمى

الفصل الأول

الغايه من تنظيم مرفق القضاء

١ – المصادر التى نعتمد عليها :

تكثر الوثائق البردية التى تمس مباشرة التنظيم القضائى فى مصر البطلمية ، ومن أهمها التشريع الملكى الذى أصدره بطليموس الثانى فيلاديلفوس فى صورة «دياجراما» لتنظيم مرفق القضاء ، وذلك نحو عام ٢٧٠ ق .م. ، وذكرته مصادر عديدة . ويذهب فريق من العلماء إلى أن القضاء فى عصر البطالمة لم ينظم دفعة واحدة بمقتضى تشريع ملكى واحد (دياجراما) ، وانما نظمته على مراحل مجموعة من الأوامر الملكية (دياجراماتا) ، يرجع بعضها إلى الملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس ، وينسب البعض الآخر إلى الملك بطليموس الثالث يوأرجيتيس .

ولا يمكن ابداء رأى حاسم بخصوص هذه المسألة ، نظراً إلى أن التشريعات الملكية (دياجراماتا) التى تنظم مرفق القضاء لم تصل الينا بصورة مباشرة ، وانما عرفناها من خلال اشارة بعض المصادر اليها بطريقة غير مباشرة . وكل ما يمكننا أن نقطع به هو أن التنظيم القضائى فى مصر البطلمية يرتكز فى وجوده إلى مبادرة ملكية . ولايهم بعد ذلك ما إذا كانت هذه المبادرة قد تجسدت فى شكل أمر ملكى عام واحد (دياجراما) أو مجموعة من الأوامر الملكية التى صدرت فى عهود مختلفة (دياجراماتا) .

فما نرغب فى ابرازه أن الملك البطلمى هو الذى حدد اختصاصات

جميع المحاكم التى وجدت فى ذلك الوقت ، وأنها كانت تباشر عملها بتفويض منه رغم أنها لم تكن تمثل الملك بصفة مباشرة . فقضاتها لم يكونوا موظفين ملكيين بل كانوا يختارون فى كل حالة فردية بطريق القرعة . وكان هناك ضمن هيئة المحكمة من يرمز لمصدر اختصاصها ، ونعنى به المدعى العام العام Eisagogeus . فهو موظف ملكى يشغل وظيفة لها طابع الدوام . وهو مكلف بتحضير القضايا وتقديمها إلى المحكمة ، وتلاوة الوثائق أمامها ، وتنفيذ ما تصدره من أحكام . وباعتباره ممثلا للحكومة ولمصالحها ، كان فى وضع يسمح له بأن يمارس رقابة على أسلوب عمل القضاة ، وطريقة أدائهم لواجباتهم . ولكن هذه الرقابة غير مباشرة ، وتستند إلى ما هو مفهوم ضمناً لدى القضاة من أنه يمثل الملك ، ويتبعه تبعية مباشرة باعتباره موظفاً ملكياً . ومع ذلك فاننا لم نعثر على أى دليل يشير إلى أن المدعى العام كان يمكنه أن يحول دون رفع أية دعوى بطريقة تحكمية ، أى بمحض مشيئه أو بناء على تعليمات خاصة من قبل السلطات العليا ، أو أن يحول دون تنفيذ الأحكام القضائية التى لا ترضى الحكومة عنها .

٢ — الغاية من تنظيم مرفق القضاء :

كان ملوك البطالمة يهدفون من وراء كل تنظيم أجروه لمرافق الدولة المختلفة تقوية سلطة الملك حتى تتحقق فى واقع الحياة العملية الفكرة التى حرصوا عليها دائماً وهى أن الملك تجسيد للدولة ورمز لها ، وهو مصدر كل سلطة . ونعتوا كل ما هو موجود فى الدولة بنعت «الملكى» : فالموظف ملكى ، والفلاح ملكى .. الخ . ولم تذكر بجانبه أية هيئة سياسية أخرى .

وفى سبيل تحقيق هذه الغاية أيضاً ، عمد الملك البطلمى إلى اخضاع القضاء لرقابة الحكومة حتى يضمن هيمنته على كل مجالات الحياة فى الدولة . فحينما يجعل الملك نفسه المصدر الأخير للسلطة القضائية ، فهذا يعنى أنه يحتفظ لنفسه بسلطة املاء القانون الذى تطبقه الهيئات القضائية فى اطار الدور المحدد لها بدقة . فكلا الأمرين متكاملان ، أى يكمل أحدهما الآخر .

فاقامة رقابة ملكية على القضاء كانت تعنى وضع يد الملك على النظام القانونى فى مجموعه .

ويتضح على هذا النحو ما كان يرمى اليه الملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس من وراء الاصلاح القضائى الذى أجراه أو بدأه . فهو لم يكن يبغى مجرد تنظيم القضاء العادى وارساء المبادىء التى تحكم أنشطة المحاكم عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق من أجل حماية المصالح والحقوق الخاصة ، بل كان يحاول ارساء أسس تنظيم قانونى متكامل للدولة البطلمية يعتمد على الارادة الملكية وحدها . وكان يبغى من وراء ذلك تحقيق هدف سياسى بعيد وهو أن يضع اطاراً لحكومة مستقرة وعادية تكون تحت سيطرته ، وتحل محل الحكومة البطلمية التى كانت حتى ذلك الوقت مجرد أداة للاستغلال الاقتصادى ، وترتكز على سلطة الجيش وعلى الروابط الشخصية بين الملك والقيـــادات العسكرية التى كانت تحتفـظ بشعور الولاء له »

الفصل الثانى

مضمون الاصلاح القضائى

(أولا) فى المدن اليونانية فى مصر :

وجدت فى مصر البطلمية ثلاث مدن يونانية : نقراطيس والاسكندرية وبطلمية . ومازال يحوط الشك حول المبادىء التى وضعت لتنظيم علاقة الملك البطلمى بهذه المدن . ذلك أن النظام الملكى يجرد بطبيعة الحال المدن من سيادتها القديمة ، ولا يمنحها الاستقلال السياسى والقضائى الا فى اطار محدود . ويحتدم الخلاف بين العلماء حول مدى الاستقلال الذى كانت تتمتع به المدن عن الملك .

وفى تقديرنا أنه ما دامت المدن السالفة الذكر قد أنشئت على النمط

اليونانى الخاص بدولة المدينة (١) ، فمن المحتمل أنه كانت لها كقاعدة عامة نفس الهيئات الرئيسية التى كان يضمها نظام المدينة اليونانية فى اليونان وهى هيئة المواطنين Politeuma ، والمجلس الشعبى Ecclesia ، ومجلس الشيوخ Boulé ، والحكام . كما كانت تتمتع بجهاز ادارى خاص بها .

ورغم أن التنظيم القضائى الخاص بالمدن اليونانية فى مصر غير معروف بدرجة كافية ، غير أنه يمكن تصور أنه كان منظما بدوره بواسطة الدياجراما الملكية ، وأنه كانت للمدن الاغريقية محاكمها الخاصة المرتبطة بالقضاء خارج المدن . وهذا منطقى ، إذ ما دامت المدن الاغريقية فى مصر كانت تتمتع ببعض الاستقلال السياسى ، فانه كان من المفروض أن تتمتع أيضاً ببعض الاستقلال القضائى تحت اشراف الملك . ومن ناحية أخرى ، فان الاستقلال النسبى الذى سلم به للمدن اليونانية الثلاث سمح لها بغير شك باصدار عدد من القوانين التى تطبقها المحاكم فيها على مواطنيها .

(ثانياً) **فى الريف المصرى :**

نظم القضاء خارج المدن نحو عام ٢٧٠ ق . م.، كما سبق أن أشرنا، وتم ادخال تجديدين هامين على النظام القضائى الذى كان مطبقاً فى مصر من قبل . ويرجع ذلك إلى السياسة الواقعية التى انتهجها ملوك البطالمة . إذ كان ينبغى عليهم أن يقيموا وزناً لوضع مصر السكانى . فمصر كانت

---

(١) أنظر فيما يتعلق بتاريخ أنظمة المدن اليونانية فى الشرق بصفة عامة :

Jones (A.H.M.) : The Greek city, from Alexander to Justinian, Oxford, 1940; Préaux (CL.) : Les villes hellénistiques, principalement en Orient : leurs institutions administratives et judiciaires, la Ville, 1re partie, Bruxelles, 1954 (Rec. de la Soc. J. Bodin, t. 6) P. 69—134; Idem, les institutions économiques et sociales hellénistiques principalement en Orient, la Ville, 2e partie, Bruxelles, 1955 (Res. de la Soc. J. Bodin, t. 7) P. 89—135; Welles (C.B.) : The Greek city, Studi A. Calderini et R. Paribeni, t. 1., Milano 1956, P. 81—99; Martin (R.) : L'urbanisme dans la Grèce antique, Paris, 1956.

تضم خليطاً غريباً من السكان ، وينحصر أكثر عناصره أهمية وعدداً فى المصريين والإغريق (١) . وكان يتعين على ملوك البطالمة أ ن يعملوا على أن يعيش هؤلاء معاً فى دولة واحدة رغم اختلاف حضارتهم وسلالتهم ، ذلك الاختلاف الذى كان محل اعتبار البطالمة ، وظهر صداه فى مجال التنظيم القضائى . ومن ثم قسم البطالمة المحاكم إلى محاكم مصرية ومحاكم إغريقية ومحاكم مختلطة ، وفى القمة يوجد الملك . وذلك على التفصيل التالى :

١ — المحكمه الاغريقيه :

أطلق عليها اسم « ديكاستريون Dikasterion » . ولا يعين قضاتها بصفة دائمة . كما أن الملك لا يتدخل فى عملية اختيارهم ، بل تتم على ما يبدو فى كل حالة ، وكما سبق القول ، بطريق القرعة التى تجرى فيما بين الأغريق ، وان كان يجوز اختيارهم أيضاً من بين الأجانب المقيمين فى المنطقة التى يباشر فيها القضاء . وكان عدد القضاة فى العادة عشرة ، وان لم يكن هذا العدد الزامياً .

وينبغى أن نشير مرة أخرى إلى أنه رغم أن قضاة هذه المحكمة لا يعينون من قبل الملك ، غير أنهم كانوا يستمدون ولايتهم من دياجراما ملكية كانت تحدد ظروف نشاطهم وأشكاله . كما كان يعاونهم مدع عام وهو موظف ملكى يمثل حلقة الاتصال ما بين الحكومة والقضاة .

ولا نعرف الاختصاص الشامل لهذه المحكمة على وجه التحديد ، شأن بقية المحاكم الأخرى . فمما لا شك فيه أنه كان لها اختصاص مدنى ، بمعنى أن المحكمة الأغريقية كانت تفصل فى المنازعات المدنية فيما بين سكان الريف من غير المصريين . ولكننا نجهل ما إذا كان لها اختصاص جنائى . ومن ناحية

---

(١) أنظر :

Peremans (W.): Egyptiens et étrangers dans l'Egypte ptolémiaque, Fondation pour l'étude de l'antiquité, VIII, Grecs et Barbares (Genève, 1962) 121—166.

أخرى فانها كانت تصدر أحكامها طبقاً للقانون اليونانى الذى سنعالجه بالتفصيل فيما بعد .

٢ — : **المحكمة المصرية :**

أطلق عليها اسم « لاوكريتاى Laokritai » . ويرجع أصلها التاريخى إلى النظام القضائى الفرعونى على مايبدو . وهى تضم قضاة مصريين، وتفصل فى المسائل المدنية فيما بين المصريين . وتصدر أحكامها طبقاً للقانون المصرى .

ولقد اعترف الملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس لهذه المحكمة بولايتها القضائية . فلا يمكن اثارة أى شك حول الطابع الرسمى لها . فمن ناحية ، لم تكن توجد محكمة مصرية رسمية أخرى . ومن ناحية أخرى فان وجود المدعى العام الأغريقى ضمن هيئة المحكمة يعتبر دليلا كافياً لهذا القول . فضلا عن أن هناك تشابهاً كبيراً ما بين المحكمة المصرية ولمحكمة الاغريقية ، مما دعانا إلى الاعتقاد بأن الأولى صورة مصرية مطابقة للثانية ، وتقف أحدهما بجانب الأخرى كجهازين رسميين ورئيسيين لنظام قضائى متجانس لكل أفراد الشعب ، ويقومان بتحقيق العدالة ، كل فى مجاله ، فأحدهما يفصل فى قضايا المصريين والآخر يفصل فى قضايا غير المصريين .

٣ — **المحكمة المختلطة :**

لا نعرف عن هذه المحكمة سوى اسمها وهو « Koinodikion » ويبدو أنها كانت تنظر فى القضايا التى يكون أحد طرفيها أغريقياً والآخر مصرياً . ودليلنا على ذلك أنه عند اختفائها خلال القرن الثانى قبل الميلاد ، قرر الملك يوارجتيس الثانى فى عام ١١٨ أنه فيما يتعلق بالمنازعات المختلطة ، أى المنازعات التى يكون أطرافها مصريين وإغريق ، يعتمد على لغة مستندات القضية ، اللغة الديموطيقية أو اليونانية ، لمعرفة المحكمة المختصة .

٤ — **محكمة القضاة الملكيين الاغريق « خرماتستاى Chrematistai » :**

لم تكن المحكمة المصرية والمحكمة اليونانية والمحكمة المختلطة تعتبر محاكم

ملكية بالمعنى الفنى الدقيق لهذه الكلمة . فالرجال الذين يكونون هيئتها كانوا يمثلون مواطنيهم الذين كانوا من حقهم أن يفصل فى شئونهم وفقاً لتقاليدهم ولغتهم وعن طريق أشخاص محل ثقتهم . ولهذا فان تشكيل هذه المحاكم والطرق المتبعة لاختيار القضاة تتلاءم مع الأفكار التقليدية للخاضعين لقضائها .

ووجد بجانب هذه المحاكم محكمة تضم موظفين ملكيين وأطلق عليها اسم « خرماتستاى Chrématistai » أى محكمة القضاة الملكيين الاغريق . وهى محكمة متجولة ، كانت فى أول الأمر عبارة عن لجنة قضائية تضم عدداً من مندوبى الملك من الأغريق . ويقوم هؤلاء بجولات فى المقاطعات المختلفة . والملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس هو أول من أرسل مندوبين ملكيين مخصوصين ومكلفين بأعمال قضائية إلى الريف . ولم يكن يرمى من وراء هذا الاجراء سوى تخويل الأهالى فرصة الحصول على عون ملكى مباشر ، حتى إذا لم يكن فى قدرتهم الوصول إلى الملك نفسه فى العاصمة لبعد المسافة أو لأى اعتبار آخر .

ويحتمل أن النفوذ الكبير والهيبة اللذان كان يتمتع بهما مندوبو الملك فى أعين أفراد الشعب جعلا «الخرماتستاى» فى مركز يعلو على المحاكم العادية السالفة الذكر .

ويبدو أن خطوة هامة اتخذت منذ وقت مبكر خلال القرن الثانى ، من أجل وضع السلطة القضائية لهذه اللجنة المتجولة من المندوبين الملكيين فى اطار تنظيم خاص عن طريق اعطائهم مكاناً بجانب السلطات الدائمة الخاصة بادارة كل مقاطعة . وأخيراً اعتبر مجلس الخرماتستاى هو المحكمة العادية للمنطقة المعين لها . وطبق هؤلاء القضاة الملكيون نفس القواعد التى كانت تتبعها المحاكم الاغريقية العادية كقاعدة عامة .

٥ ــ المحكمه الملكيه :

يستطيع الملك باعتباره سيد العدالة والقاضى الأول أن يمارس القضاء

ازاء جميع السكان فى مصر ، وبالنسبة للمجالين المدنى والجنائى . وكان يقوم فعلا بذلك بنفسه فى بعض الأحيان . وكان لمحكمة الملك مدع عام كذلك . كما اننا نلاحظ ، بفضل بعض النصوص التى تنتمى إلى أواخر العصر البطلمى أن أحد أبواب القصر كان يدعى «باب الأحكام

"Pas taisanekrisesi chrematisticos pylon

ومن المحتمل أن هناك كانت تنعقد المحكمة الملكية . بيد أنه مما لا شك فيه أن هذه المحكمة كان من الممكن أن تنتقل إلى أى مكان مع الملك . كما كانت توجد مكاتب لصياغة الأحكام القضائية الصادرة من الملك .

الفصل الثالث

التغيير الذى حدث فى التنظيم القضائى البطلمى خلال القرن الثانى

١ — اختفاء بعض المحاكم :

لم يتعد وجود المحكمة الأغريقية « الديكاستريون Dikasterion »
القرن الثالث قبل الميلاد . ويحتمل كذلك اختفاء المحكمة المختلطة Kionodikion ،
ويكمن الدليل على هذا الاختفاء فى أمر ملكى صادر من الملك يوأرجتيس
الثانى فى عام ١١٨ وقد سبقت الاشارة اليه . وكان يرمى إلى تنظيم اختصاص
المحكمة المصرية ومحكمة القضاة الملكيين الاغريق للحيلولة دون افتئات
القضاة الملكيين الإغريق على اختصاص القضاة المصريين . إذ كان القضاة
الملكيون الاغريق لا يقتصرون على التصدى للمنازعات فيما بين الإغريق
فحسب ، بل كانوا يحاولون أيضاً النظر فى المسائل التى تهم المصريين .
كما أن هذا الأمر هو الذى وضع معيار لغة مستندات القضية لتحديد المحكمة
المختصة بالنسبة للمنازعات المختلطة .

واضح إذن أن محكمة القضاة المصريين «لاوكريتاى Laokrita »
وهى التى ترمز لاستمرار الحضارة المصرية، قد نجحت فى البقاء خلال
الشطر الأخير من القرن الثانى قبل الميلاد . ولكنها كانت تحتاج فى ذلك
الوقت إلى تدخل الملك لحمايتها من ميول التوسع التى كانت لدى القضاة
الملكيين الاغريق . ومن ثم يمكن القول أن القضاء فى مصر وزع فى القرن
الثانى بين القضاة المصريين الذين كانوا يحكمون بمقتضى القانون المصرى
والقضاة الملكيين الأغريق الذين كانوا يطبقون القانون الإغريقى .

ويجدر بنا أن نذكر قاعدة مصرية قديمة يرجع أصلها التاريخى إلى العصر
الفرعونى ، وهى تقرر أن الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية فى القضايا

المدنية لا تعتبر حائزة لقوة الشيء المقضى res judicata الا إذا صاحبها عقد تنازل عن الدعوى . ومن ثم كان من الممكن أن تتعدد الأحكام فى نفس القضية .

ويبدو أن الأغريق استغلوا أسوأ استغلال هذه القاعدة ، مما حدا بأحد ملوك البطالمة فى أواخر القرن الثانى إلى اصدار أمر يقضى بفرض غرامة كبيرة على من تفصل فى أمره محكمة ملكية ويعرض الموضوع نفسه أمام محكمة أخرى . ويتبين من نفس الأمر أن المقصود بالمحكمة الملكية المحكمة التى كان يرأسها الملك والتى سبق ذكرها . ويدل ذلك على تفشى عادة تكرار عرض القضايا نفسها على المحاكم فى العصر البطلمى .

ونضيف هنا أيضاً أن أحد كبار الموظفين فى العاصمة أطلق عليه اسم «الارخيديكاستيس» ، والذى يرجع منصبه إلى القرن الثالث ولو أنه معروف على وجه الخصوص فى العصر الرومانى ، ظل يرأس محكمة الاسكندرية فى القرن الثانى ، وكان يعتبر من القضاة الملكيين . كما كان يشرف على جهاز القضاء . ولقبه ينم عن بعض السلطة التى له على المحاكم ، ولذلك فاننا نشبهه بوزير العدل .

٢ — الاختصاص القضائى للموظفين الاداريين :

بدأ نظام «القضاء الادارى» أو «قضاء الموظفين» ينتشر فى العصر البطلمى ابتداء من القرن الثانى قبل الميلاد . ويكفى أن نشير إلى قضية المدعو «هرمياس» للتدليل على أن مصر عرفت هذا القضاء . ونتبين ملخصها من بعض وثائق طيبة (العاصمة القديمة لمصر وأكبر مركز للثورات القومية).

وتبدأ هذه القضية فى أواخر عهد الملك بطليموس الخامس ، عندما اندلع لهيب الثورة فى منطقة طيبة وأرسلت الفرق الملكية إلى الحدود الجنوبية . وقد كان من بين حامية طيبة شخص يدعى بطليموس اضطر إلى الانسحاب إلى كوم أمبو وهجر منزله فى طيبة . فشغلته أسرة مصرية كانت تحترف مهنة تقديم القرابين للموتى Choachytes . وفى عام ١٢٦ ، أى بعد

مضى فترة طويلة من الوقت ، فان ابن بطليموس ، المدعو هرمياس ، وكان ضابطاً فى الجيش مثل أبيه ، رغب فى المطالبة بماله . فرفع عدة دعاوى على الأسرة المصرية المذكورة ، ولكنه لم ينجح فى أى منها . ويمكن أن نتتبع هذا المترافع النشط ،فى كل مساعيه تقريباً ، وأمام هيئات عديدة ، ولكن دون امكانية تحديد الأسباب التى كانت تدفعه إلى الالتجاء إلى هذه الهيئة أو تلك . فلقد لجأ أولا إلى محكمة القضاة الملكيين الاغريق ، ثم إلى الاستراتيجوس ، وابيستاتيس المقاطعة بصفة خاصة .

واضح أن هذه القضية عرضت على جهات مختلفة : محكمة القضاة الملكيين الاغريق ، والموظفين الاداريين : فلقد قدم هرمياس التماسين إلى الاستراتيجوس ، كما أنه شكا أيضاً إلى الابيستراتيجوس (وهو رئيس الاستراتيجوس) . والابيستاتيس هو الذى قضى فى النهاية بأن يكف هرمياس عن مشاغبته ووضع حداً لدعاوى هرمياس ، إذ حكم برفض الدعوى وقفلت الخصومة بصفة نهائية .

نخلص من وقائع هذه القضية ان المحاكم فى العصر البطلمى تعرضت لمزاحمة بعض الموظفين المحليين ، الذين كانوا يمارسون بالأحرى سلطة اكراه ، ويحسمون الخلافات بوسائل ادارية ومن أهمهم :

الاستراتيجوس Strategos ، الذى كان فى بداية الاحتلال البطلمى قائد القوات العسكرية المتمركزة فى حاضرة المقاطعة ، ثم صار بعد ذلك يباشر فيها السلطتين المدنية والعسكرية معاً . وكان للاستراتيجوس باعتباره ممثلا للملك فى المقاطعة ، اختصاص مدنى وجنائى . وكان يمنح حمايته لأشخاص يطالبون بحقوقهم الخاصة ، ويتخذ قرارات شبه قضائية ، وفى أحيان كثيرة كانت الخلافات تنتهى على يديه خارج المحاكم . كما كان يقوم بالدور الرئيسى فى الاجراءات القضائية المدخلة للدعوى ، إذ تقدم اليه القضايا المتعلقة بالمقاطعة ويقوم بتوزيعها على الهيئات القضائية المختلفة . وهناك الإبيستاتيس، وهو من كبار الموظفين فى عاصمة المقاطعة ويختص بشئون القضاء المحلى . وكان اختصاصه قليل الأهمية فى أول الأمر ، ثم ازدادت أهميته بعد ذلك . وعموماً فانه كان يتبع الاستراتيجوس .

ويمكن تتبع اجراءات تقديم الدعوى على النحو التالى :

فى القرن الثالث قبل الميلاد ، كانت عريضة الدعوى المسماة extenxis تحرر دائماً باسم الملك وتقدم إما اليه مباشرة عن طريق سكرتاريته ، وإما إلى المحاكم . وينوب الاستراتيجوس فى المقاطعة عن الملك فى التوقيع على عريضة الدعوى التى كان الشاكون يفضلون تقديمها اليه ولا تذهب إلى أعلى ويقوم مكتب الاستراتيجوس بتدوين توصية عليها ، ثم ترسل التوصية إلى إبيستاتيس بلدة المدعى عليه . أما إذا كان المدعى عليه يقطن عاصمة المقاطعة ، فكان يجوز للاستراتيجوس أن يكلفه بالحضور أو يرسل شخصاً ما للتحقيق معه . وإذا كان المتهم موظفاً ، فان الابيستاتيس يعد تقريراً عما هو منسوب اليه .

وإذا عرض النزاع على الابيستاتيس وكان من اختصاصه فانه يحاول حسمه . وفى حالة انكار المتهم ، يحيل الأمر إلى الاستراتيجوس . أما إذا كان النزاع ليس من اختصاصه ، فانه يجب على الأبيستاتيس أن يحاول التوفيق بين الخصوم . وإذا فشل ، يحيلهم إلى الاستراتيجوس الذى يقوم، حسب الأوقات والحالات ، إما بحجز المسألة لكى يفصل بنفسه فيها ، أو يحيلها إلى الملك أو المحكمة المختصة . ونحن نعرف عدداً من الاحالات إلى القضاة المصريين حينما يتعلق الأمر بمصريين ، وإلى المحكمة المختلطة حينما يكون الخصوم مختلفى الجنسية . وفى الحالات الأخرى ، فان النصوص تقول فقط : المحاكم المختصة ، ولذلك يثور الخلاف حول تفسير هذه العبارة .

وفى القرن الثانى ، زادت الاختصاصات المالية للاستراتيجوس ، الذى أضيف إلى لقبه الأصلى ، لقب مندوب الايرادات Epi tôn posodôn . وساعد ذلك على نمو الاختصاص القضائى للموظفين . ويبدو أن هذا التطور الأخير لم يكن فى صالح الاستراتيجوس ، فلم يعد يتلقى العرائض التى يطلق عليها اسم Extenxis ، إذ أصبحت من اختصاص الملك وحده ، كما لم تعد عرائض الدعاوى توجه إلى الملك

الا إذا قدمت اليه فعلا ، عن طريق ديوانه . ولم يعد للاستراتيجوس حق النيابة عن الملك فى التوقيع على العرائض الموجهة إلى الملك . ويبدو أنه فقد الدور الرئيسى الذى كان يلعبه فى الاجراءات القضائية المدخلة للدعوى .

ولكن ما زال الابيستاتيس منوطا به على وجها لخصوص بل وبدرجة أكبر بأعمال قضائية . ولعل ازدياد أهمية اختصاصه القضائى يرجع إلى كثرة المنازعات التى ترتبت على ما عانته البلاد من اضطرابات شديدة خلال القرن الثانى ، فكان لابد من هيئة تساعد محكمة القضاة الملكيين الاغريق المتنقلة ، وتفصل فى القضايا التى تنشأ بين فترات انعقادها ، بدلا من تراكم القضايا أو اضطرار المتقاضين إلى تجشم متاعب ومصاريف الانتقال إلى الاسكندرية .

وكان نتيجة كل ذلك تشتت القضاء فى ايدى بيروقراطية أخذت تزداد قوة ، غير أن ذلك لم يؤد إلى الغاء الاختصاص القضائى للقضاة الملكيين الاغريق والقضاة المصريين كما سبق القول .

٣ — **الاختصاص القضائى لموظفى الادارة الماليه** : كان على رأس الادارة المالية المركزية شخصية قوية للغاية يطلق عليها اسم «الديويكيتيس Dioicetes » أى « مدير خزانة الملك » ، وكان هو المهيمن على كل اقتصاديات الدولة ، ولذلك يدعوه العلماء الباحثون بوزير المالية . وهو الذى يشرف على استغلال البلاد بمعاونة العديد من الموظفين (١) . وكان له مساعدان يحملان نفس اللقب «هيبوديويكيتيس Hypodiocetes » يكونان معه الادارة المالية المركزية . كما كان يوجد إلى جانب الديويكيتيس وتحت اشرافه موظف يدعى «أكلوجيستيس Eklogistes » أى رئيس الحسابات ، وهو مكلف بمراجعة الحسابات والاحصاءات المختلفة .

---

(١) راجع :

Bickerman : Notes sur la chancellerie des Lagides,
Révue internationale des droits de l'antiquité, Bruxelles, 2, 1953. 251 — 269.

وكانت الادارة المالية المركزية تشرف على موظفى الادارة المالية فى المقاطعات المختلفة ومن أهمهم : المشرف المالى والمدير المالى ومراجع الحسابات ، الذين كان لهم ممثلون فى مختلف مراكز المقاطعة وقراها ، حيث كانت ادارة القرية صورة مصغرة من ادارة المركز والمقاطعة .

وفى القرن الثالث قبل الميلاد ، كان الديويكيتيس يباشر اختصاصاً قضائياً خاصاً فى نطاق اختصاصاته الادارية. ويخضع لهذا الاختصاص القضائى الأشخاص الذين يعملون فى الادارة المالية المركزية والمحلية . فهو الذى يفصل مباشرة أو يعهد إلى مساعديه «الهيبو د يويكيتيس » بالفصل فى الأخطاء التى يرتكبها المدير المالى أو المشرف المالى أو جامعو الضرائب ، الخ . ولذلك كانت ترسل اليه الشكاوى المقدمة ضد مرؤوسيه .

ولما كان يتعذر على الديويكيتيس ومساعديه الفصل فى كل الشكاوى فيبدو أنه تقرر أن رئيس كل جماعة من موظفى الادارة المالية يفصل ، نيابة عن الديويكيتيس ، فى الشكاوى المقدمة ضد مرؤوسيه . وليس أدل على ذلك من أنه كان للمدير المالى ، والمشرف المالى .. الخ . ، اختصاص قضائى ادارى على مرؤوسيهم .

ونحن لا نعرف شيئاً عن الاجراءات التى كانت تستخدم أمامهم . ويبدو ، على كل حال ، أنه كان يتبع احد اجرائين فى أمر الشكاوى من تصرفات الموظفين . ففى بعض الحالات كانت تفصل فى الأمر محكمة خاصة مؤلفة من بعض الموظفين وبعض القضاة . ولكن يلوح انه فى أغلب الحالات كان رئيس الموظف هو الذى يفصل فى الأمر دون تشكيل محكمة .

الباب الثانى

النظام القضائى فى مصر فى العصر الرومانى

تعرض النظام القضائى لتغيير جذرى فى العصر الرومانى . إذ قام الرومان عند فتحهم لمصر بالغاء الأنواع المختلفة من المحاكم التى كانت سائدة فى العصر البطلمى ، ووحدوا جهة التقاضى . فأصبح القضاء بيد السلطة المركزية أو من يمثلها فقط ، وذلك رغم تعايش عدة قوانين معاً : القانون المصرى والقانون اليونانى والقانون الرومانى .

وليس فى مقدورنا أن نسرد تفاصيل التنظيم القضائى فى مصر الرومانية. ولذلك سنوجز حديثنا عنه . ومجمله أن مصر لم تعرف البتة نظام القضاء الخاص orda privatorum judiciatum ، الذى كان مطبقاً فى روما عند فتحها لمصر ، والذى كان مبنياً على نظام دعاوى البرنامج . بل سارت على نظام الدعاوى الادارية أو غير العادية حيث يتولى موظفون الإشراف على التحقيق والنظر فى الدعوى والنطق بالحكم ، أى أن الفصل فى الدعوى يتم على مرحلة واحدة وليس على مرحلتين : أمام الحاكم القضائى ، ثم أمام القاضى ، كما كان الحال بالنسبة لدعاوى البرنامج فى روما . ومن المعلوم أن نظام الدعاوى الادارية حل محل نظام دعاوى البرنامج فى روما أيضاً فى عصر الامبراطورية السفلى .

وإذا كانت مصر قد عرفت نظام القضاء الادارى قبل مجىء الرومان إليها كما سبق القول ، لكنه أصبح أساس التنظيم القضائى فيها فى العصر الرومانى ، حيث اعتبر الوالى رئيساً للسلطة القضائية . وكان بعض معاونيه من الموظفين الامبراطوريين يباشرون القضاء بدورهم ، ويستخدمون السلطات الواسعة المفوضة لهم من قبل الأمبراطور أو الوالى . وبعبارة أخرى

كان القضاء فى مصر الرومانية يزاوله موظفون مرتبون ترتيباً هرمياً ، وفى قمته والى مصر والامبراطور .

وما يهمنا الآن هو تحديد الولاية القضائية لكل موظف له اختصاص قضائى فى العصر الرومانى ، وذلك على النحو التالى :

الوالى (١) : كان الامبراطور الرومانى يوفد إلى مصر موظفاً كبيراً سمى الوالى وأمده بالسلطات التى كانت للملك البطلمى من قبل . وكان الوالى يلحق بشخص الامبراطور ، وغالباً ما كان يتغير بتغيره . وكان على رأس الجهاز الادارى فى مصر ، ويعمل على تطبيق القواعد التى تضمنتها الدساتير الأمبراطورية ، إذ لا يجوز له أن يتخذ قراراً لا يتفق وسياسة الامبراطور .

وكانت السلطات التى يتمتع بها الوالى بتفويض من الامبراطور هائلة لأنه كان يتمتع بسلطة الأمر والنهى أو الولاية العامة «امبريوم Imperium » التى كان يستطيع حائزها اصدار الأوامر إلى الأشخاص الخاضعين له واتخاذ كل الاجراءات الضرورية للعمل على تنفيذها ، كما أنها تخوله سلطة قيادة الجيوش ، وبالتالى يسيطر على مايوجد فى مصر من قوات رومانية سيطرة مباشرة (٢) . بل انه يتمتع بأعلى درجات الامبريوم وتسمى Imperium merum أى السلطة المجردة أو الخالصة وهى تشمل سلطة الفصل فى القضايا الجنائية ، ولاسيما حق اصدار حكم الاعدام ، أو كما يعرفه الفقيه أو لبيانوس فى كتاب « الجامع Digesta »

---

(١) راجع :

Humbert (M.) : La juridiction du préfet d'Egypte d'Auguste à Diocletien, in Aspects de l'Empire romain, Paris, 1964.

(٢) أنظر :

Last (H.) : The praefectus Aegypti and his powers,J.B.A. 40, 1954, p. 68—73.

بحق السيف» Ius gladii (١) . ففي يد الوالى تركزت السلطة العليا فى البلاد ، العسكرية منها والادارية والقضائية .

وما يهمنا فى هذا المجال هو السلطة القضائية التى كان يتمتع بها الوالى. فهو الذى كان يقوم فى الأساس بالفصل فى المنازعات . ويحدثنا المؤرخ تاسيت (٢) «ان أغسطس المؤله كان قد أمر بأن يكون للفرسان الذين يحكمون مصر سلطة الفصل فى القضايا وأن تعتبر أحكامهم كأنها قد صدرت عن الحكام الرومان » . والمقصود بالفرسان ولاة مصر لأنهم كانوا يختارون من طبقة الفرسان . كما أن المقصود بالحكام الرومان هنا ، الحكام الذين يستمدون سلطتهم من الشعب الرومانى ، وهم حكام الجمهورية القدامى : القناصل ، والحكام القضائيون ، الخ . ويتمتع والى مصر بسلطة قضائية لها قوة السلطة المخولة لهؤلاء الحكام . فهو القاضى الأول لولاية مصر وأحكامه نهائية . ويفصل فى جميع المسائل ، المدنية منها والجنائية . وله أن يفوض غيره من الموظفين من المرتبة الأدنى للنظر فيها . وترتب على هيمنته هذه على شئون العدالة أن الكثير من الموظفين الذين نراهم يباشرون القضاء يحوزون هذه الولاية بتفويض منه . ويمكن دائماً رفع دعوى الاستئناف أمامه . وله أن يصدر الحكم بالاعدام كما سبق القول ، فله بالتالى اختصاص جنائى ، وهو ما يشير اليه نص أحكام الوالى حيث نجد من بينها أحكاماً بالموت (٣) . وكان الوالى يزاول القضاء فى مجلسه القضائى Conventus بالاسكندرية ، كما كانت له دورة قضائية ، ويحتمل انها كانت سنوية ، يعقد فيها مجلسه القضائى Conventus فى الأقاليم فى أوقات محددة من السنة ، للنظر فى قضاياها وذلك حتى لا يضطر الأهالى إلى أن يحضروا إلى الاسكندرية

---

(١) راجع : Ulpianus : Dig. 1, 17, 1.

(٢) أنظر : Tacite : Ann. 12, 60.

(٣) أنظر : B.G. U. 1024

بأنفسهم . وكان يعقد هذا المجلس فى المدن الثلاث الآتية : فى بيلوزيون للنظر فى قضايا أقاليم شرق الدلتا (يناير) ، وفى ممفيس للنظر فى قضايا أقاليم مصر الوسطى والعليا (فبراير — مارس — ابريل) ، وفى الاسكندرية للنظر فى قضايا أقاليم غرب الدلتا . وكان يعقد مجلسه بصفة استثنائية فى مدن أخرى مثل أرسينوى (مدينة الفيوم) ، وكبتوس (قفط) ، بل وحتى فى بلدة صغيرة مثل كسويس (سخا) (١) .

وفى المجلس القضائى Conventus ، لم يكن الوالى يفصل فى كل المسائل ؛ بل ينيب غيره بالنسبة لشطر كبير منها ، مثل الرئيس القضائى ورئيس الحساب الخاص أو الاديوس لوجوس ، وقاضى القضاة ، والمشرف المالى (الديويكيتيس) ، والابيسترانيجوس ، وبعض الضباط ، بل وحتى الكاتب الملكى (سكرتير عام المقاطعة) .

كما كان الموظف الامبراطورى المختص يعهد إلى الغير فى بعض الأحيان بحسم الخلاف ، مع اعطائه التعليمات عن الطريقة التى ينبغى عليه أن يسلكها فى مباشرته لهذه المهمة (٢) .

وكان الوالى يتبع القواعد التى يضعها الامبراطور كما سبق القول . ويستطيع المتقاضون التوجه اليه مباشرة ، كما كان يجوز للوالى أن يوجه أسئلة عن نقاط قانونية تصدر بصددها فتاوى امبراطورية Rescripta . وإذا زار الامبراطور مصر ، انتقلت اليه سلطة الوالى القضائية ، فكان مجلس

---

(١) أنظر :

Comoi "J.N.",: Le conventus juridicus en Egypte aux trois premiers siècles de I'Empire romain, Bull. Inst. Arch. Bulg. 9, 1935, p. 363-381; Idem : La papyrologie et l'organisation judiciaire de L'Egypte sous le Principat, Actes du Ve Congr. Int. de Pap.,Oxford, "Bruxelles, 1938", P. 632 FF.

(٢) راجع :

Boulard (L.) : Les instructions écrites du magistrat au juge commissaire dans l'Egypte romaine, th. Paris, 1906.

الامبراطور المؤلف من المستشارين المرافقين له هو الذى ينظر فى القضايا ويصدر الأحكام .

وإذا كان الشراح متفقين على أنه كانت للوالى ولاية قضائية عامة تشمل المسائل المدنية والمسائل الجنائية معاً ، وهى أصيلة وخاصة به إذ يستمدها من الامبراطور مباشرة ، غير أنهم تساءلوا عما إذا كان الوالى قد انفرد بالولاية القضائية فى مصر وبالتالى فان أعوانه يباشرون القضاء بتفويض منه ، أم أن هؤلاء كانت لهم بدورهم ولاية قضائية خاصةبهم يستمدونها بتفويض من الامبراطور نفسه ؟

لمعرفة الاجابة على هذا التساؤل ، نعدد أعوان الوالى الذين لهم اختصاص قضائى :

١ — **المساعد القضائى** « juridicus » : وهو كالوالى يعينه الامبراطور ، ليقوم بالدور الذى كان يؤديه المندوبون القضائيون Legati Juridicus فى الولايات الأخرى . ومعلوماتنا عن اختصاصاته قليلة . ويمكن القول أن منصبه أنشىء ليكون بجانب الوالى رجل قانون ملم بالمسائل القانونية ، سيما وأن الوالى كان من طبقة الفرسان التى لا يشتغل أفرادها عادة بالقانون فى روما ، وانما كان معظمهم من رجال الجيش أو السلك الادارى أو الأعمال التجارية والمالية ، ممن لم تكن لديهم خبرة خاصة بالقانون الرومانى . ولهذا انشأ الامبراطور أغسطس هذه الوظيفة ليكون شاغلها بمثابة مستشار قانونى ، ورقيب فى نفس الوقت على تصرفات الوالى حتى لا تتعارض أحكامه وقراراته مع مبادىء القانون الرومانى .

ومن ناحية أخرى فان الكثير من المصريين كانوا مغرمين برفع الدعاوى ولذلك وجد من الضرورى أن يكون هناك معاون للوالى يستشيره فى الأحكام قبل اصدارها أو ينيبه عنه فى النظر فى القضايا التى كانت ترفع اليه وفى رئاسة محكمة الوالى . وكان اختصاص الرئيس القضائى قاصراً على المسائل المدنية ، فلا يشمل المسائل الجنائية .

وكان يصحب الوالى فى جولاته ، وينوب عنه فى حالة غيابه . وإذا خلى منصب الوالى فانه يقوم بمباشرة مهامه لحين تعيين وال جديد . ولا يستطيع الوالى أن يعزله ، وان كان تابعاً له .

ومن ثم اعترف له بعض الشراح بولاية قضائية خاصة به ، على أساس أن وظيفته الرئيسية كانت الاشراف على مرفق القضاء ، وأن ولايته لم تكن محددة بحسب المكان أو الاشخاص ، بل بحسب المسائل ، مثل الفصل فى الأمور المتعلقة بتعيين الأوصياء ومحاسبتهم .

٢ — **قاضى القضاة «الارخيديكاستيس** Archidicastes » :

كان ، وفقاً لما جاء على لسان استرابون ، قاضياً اسكندريا محلياً . وكانت محكمته تنعقد فى الاسكندرية ، وان كان اختصاصه يشمل القضايا المدنية فى جميع انحاء البلاد . وأوردت النصوص اشارة واحدة إلى أنه ينظر دعوى فى منف .

وهناك من يرى أنه قد طرأ على طبيعة وظيفة قاضى القضاة بعض التغيير عنها فى العصر البطلمى ، إذ استولى الرئيس القضائى على اختصاصاته القضائية ، وأصبحت وظيفة قاضى القضاة ادارية قبل كل شىء ، وهى رئاسة دار المحفوظات الرسمية التى تحفظ فيها صور من الوثائق والعقود التى تبرم فى انحاء مصر .

ولقد ذهب بعض الشراح ، مثل العالم الألمانى ميتيس ، إلى أن قاضى القضاة كانت له ولاية قضائية استمدها من تفويض دائم من الوالى . بل ولقد ذهب شراح آخرون إلى حد الاعتراف له بولاية قضائية خاصة به . ولا نستطيع الانضمام إلى أى من هذين الرأيين لأنه تعوزنا الأدلة الحاسمة فى الوقت الحاضر على الأقل . ويبدو لنا على كل حال أن قاضى القضاة

---

(١) أنظر :

Calaki "A.", Aegyptus 32, 1952, P. 408 et suiv.

كانت مهمته الأساسية هى الاشراف على دار المحفوظات فى الاسكندرية وهو القاضى الأصيل الذى ينظر فى القضايا المدنية التى كانت تدور حول المستندات المحفوظة فى هذه الدار .

ومن الثابت أنه كان يقوم أحياناً برئاسة محكمة الوالى ، نيابة عنه وبتفويض منه .

٣ — **مراقب الحساب الخاص ((أوالاديوس لوجوس** Idios Logos) :
ان معلوماتنا عن هذا الموظف غزيرة . فهو يشغل احدى الوظائف الكبرى ، ويشرف على المصادر غير الاعتيادية لايرادات الخزانة العامة . فهو يضع فى حساب خاص Idios Logos كل الموارد الاستثنائية لمالية الدولة : مثل الغرامات ، والأراضى التى يهجرها أصحابها وغيرها من الأموال التى تصادر لحساب الدولة لأن أصحابها قد تأخروا فى دفع الضرائب المستحقة عليها ، الخ . . وكان له اختصاص قضائى يمارسه لتحصيل هذه الموارد . وهو يختص بقضايا الضرائب بصفة عامة . ويبدو أن الوالى لم يكن يزاحمه فى هذا الاختصاص ، وبالتالى كان يستمده من الامبراطور مباشرة .

٤ — **ومن بين الحكام المحليين** archontes فى عاصمة المقاطعة ، يفترض **أن رئيس هيئه الموظفين** exegetes كان له اختصاص قضائى . فهو الذى كان يعين الأوصياء على القصر أو النساء بالنسبة للعنصر اليونانى من السكان .

أما **الابيستراتيجوس** (١) (وهو الذى كان يشرف على أحد الأقسام الادارية الكبرى الثلاثة التى قسم اغسطس مصر اليها وهى : الدلتا ومصر الوسطى ومصر العليا) ، فكان ينظر فى القضايا التى تثار فى الأبيستراتيجية

---

(١) راجع :
Martin (V.) : Les Epistrateges, Genève, 1911

عندما كان يتجول فيها . ويحتمل أن هذه الولاية لم تكن مطلقة ، إذ كان يباشر القضاء بتفويض من الوالى ، وهو تفويض دائم بالنسبة للخدمات الاجبارية العامة . أما بالنسبة للمسائل التى كانت من اختصاص محكمة الوالى Conventus مثلا ، فانه كان ينبغى عليه أن يحصل على تفويض خاص للنظر فيها . وعلى أية حال فان المظالم كانت توجه اليه . وهو يستدعى الشاكى والمشكو فى حقه ، ويحاول التوفيق بينهما ، وإذا لم ينجح فى مسعاه فانه يرسلها إلى القضاء المختص ، كمحكمة الوالى .

وفيما يتعلق بالاستراتيجوس (١) ، فهو الذى كان يشغل وظيفة حاكم المقاطعة . وهو من حيث المرتبة فى درجة أدنى بكثير من الإبيستراتيجوس . وكان له فى المجال القضائى دور هام لحد ما ، إذ كان يقوم بجولات فى مقاطعته ، يحتمل مرة كل شهر ، وتقدم اليه الشكاوى طلباً لحمايته ، ومن ثم كان ينبغى أن يكون له بعض الولاية القضائية ، ربما بمقتضى تفويض دائم من قبل الوالى .

ولكن اختصاصه فى هذا المجال محدود ، فلا يمتد إلى المسائل الهامة أو تلك التى تخضع للقانون المدنى ، فكان يتعين عليه أن يحيل بشأنها المتنازعين إلى محكمة الوالى conventus إذ لم تكن له سلطة إصدار الأحكام . فهو يتلقى الشكاوى وينتظر قدوم الوالى فى جولته ، وإن كان يحتمل أنه فى مثل هذه القضايا كان الاستراتيجوس يجرى تحقيقا أوليا للاقتناع بوجود أدلة كافية ، وكان يمكنه أن يجمع الأدلة مثل أداء اليمين ، ويحفظ صور منها مع الشكوى المقدمة .

يبين مما تقدم أن الابيستراتيجوس ، والاستراتيجوس لم يكونا يتمتعان باختصاص قضائى مستقل ، ولا يمكنهما بدون تفويض من الوالى ، سوى اتخاذ اجراءات موقتة ومحاولة التوفيق فى المسائل المتنازع عليها .

---

(١) أنظر :

Martin (V.) : Strateges et Basilicogrammates du Nome Arsinoites à l'époque romaine, Arch. pap., 6,1920, P. 137 et suiv.; Milne : Egypte under roman rule, P. 126.

هذا ولقد كان كثيراً ما يكلف الموظف الامبراطورى احد الأفراد بتسوية الخلاف مع اعطائه تعليمات عن الطريقة التى ينبغى عليه اتباعها لتحقيق ذلك (١) . وهذا الفرد iudex datus مجرد مندوب عن الموظف الذى يعينه .

---

(١) أنظر :

Boulard (L) : Les instructions écrites du magistrat au juge commissaire dans l'Egypte romaine, th. Paris, 1906.

القسم الثانى

أسس التنظيم القانونى فى مصر

إبان العصرين البطلمى واليونانى

الباب الأول

أسس التنظيم القانونى فى مصر البطلمية

كان الملك البطلمى Basileus يعتبر وريث الفراعنة ، ويمارس جميع سلطات الفرعون التى تتلخص فى الحكم الملكى المطلق الذى يتمتع بسلطة دون مسئولية ، وفقاً للتقاليد القديمة التى جرت عليها البلاد . فهو مصدر السلطة فى الدولة وارادته هى القانون . ولا يوجد انفصال ما بين الملك والدولة ، فهو تجسيد لها . ويشار فى النصوص إلى أن الملك «مصدر القانون » أو أيضاً «ما يقرره الملك يتسم دائماً بالعدالة » . ويسمى الملك «القانون الحى Nomos empsichas » . فهو المشرع الأوحد ، الذى يصدر النصوص التشريعية ، ويوجه عن طريق المنشورات الدورية التعليمات إلى ممثليه وجميع موظفيه . وأعمال الملك التشريعية هى إما خطابات موجهة إلى كبار الشخصيات ، وإما قرارات عامة أو أوامر صادرة إلى جميع المواطنين ، وإما أحكام أو أعمال تنفيذية مسجلة ، وإما اجابات على طلبات مقدمة من المدن أو الرعية . وتعتبر كل هذه الأعمال موحى بها من قبل العدالة . ولقد كانت هناك مكاتب لصياغة الأوامر الملكية والقرارات الادارية والأحكام القضائية الصادرة عن الملك ، ولكن الأشخاص الذين يعملون فيها ، ومهما كانت قيمتهم ، لا يحملون ألقاباً تشير إلى وظيفتهم كمستشارين للملك ، بل مسميات تعبر عن وضعهم كموظفين اداريين: «هو الذى يكتب الخطابات» ، «هو الذى يكتب المحاضر» ، فلا يصدر عن هؤلاء الناس أى عمل رسمى ، إذ أنهم يعيشون فى ظل نظام قائم على سلطة الفرد الواحد ، ويتسم بالطابع الشخصى . ولا تذكر بجانبه أية هيئة أخرى . فلا نجد أى أثر لفئة النبلاء المصريين الذين كانوا يفتئتون على حقوق الملكية الفرعونية فى كثير من المرات ، إذ اجتثت شوكة هذه الفئة نهائياً بواسطة الجهاز الادارى الفارسى .

يبين مما تقدم أن ملوك البطالمة كانوا يحوزون فى أيديهم سائر السلطات ،

التشريعية منها والتنفيذية والقضائية . وكانت لأوامرهم قوة القانون ، ويتخذون القرارات فى جميع الحالات تحت مسئوليتهم الخاصة ودون وجوب رد حساب لأحد (١) .

ولا شك أن سلطتهم التشريعية كانت لها أهمية خاصة ، إذ أنها كانت تمنحهم الأداة التى تسمح لهم بتحديد الهيكل الخاص بأجهزة الدولة الأخرى ووظيفة كل منها .

ويمكن القول منذ البداية أن المصدر الرئيسى للقانون المعمول به كان يكمن فى التشريعات الملكية . بيد أن هناك عناصر أخرى تدخلت وباشرت تأثيرها فى وضع القواعد القانونية . فمن المعلوم أن الأسرة البطلمية تأسست فى بلد محمل بالتقاليد . وكان يجب عليها أن تقيم وزناً لهذه التقاليد وأن تتلاءم معها . وتركزت مهارة البطالمة فى تلقى القواعد القانونية المتوارثة والتى كانت تقابلهم ، ومواءمتها عند الاقتضاء لسياستهم ومصالحهم . وهم بدورهم سنوا قواعد قانونية جديدة ، وبقيت بعض الأوامر الملكية التى أصدروها حتى فى العصر الرومانى . وبتعبير آخر ، ظلت بعض البروستجماتا والدياجراماتا معمولا بها فى مصر الرومانية ، حتى مستهل القرن الثالث بعد الميلاد ، كما سيلى تفصيله .

وإذا كان ملوك البطالمة ابتداء من فيلاديلفوس حاولوا وضع أسس «تنظيم قانونى متكامل » فان ذلك لا يعنى أنهم كانوا يرمون إلى استبعاد كل مصادر القانون الأخرى عدا التشريعات الملكية . وليس هناك مايدعو إلى ذكر بعض الأمثلةالتى تثبت سخف هذا الاستنتاج . ويكفى أن نشير إلى القدرات الابداعية التى أظهرهاموثقو العقود ، مصريين كانوا أو يونانيين .

---

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : The law of greco-roman Egypt in the light of the papyri, 332 B.C.—640 A.D., 2nd éd (Varsovie, 1955) PP. 2—3, 8—14, 19—20, 479—488 et 566—567.

كما أن الدياجراماتا التى تناولت الأحكام الخاصة بالأنشطة القضائية المتعلقة بالمحكمة اليونانية المسماة الديكاستريون اعترفت بما بها من قصور . فلقد وجهت القضاة إلى تأسيس أحكامهم على قوانين المدن والجاليات اليونانية Politikoi Nomoi بل وضرورة إعمال اجتهادهم ودرايتهم القانونية ، ما لم يكن هناك بطبيعة الحال أوامر ملكية مثل الدياجراما .

وعلى أى ، فان هذا لا ينفى ما ذهبنا اليه من أن ملوك البطالمة عملوا على منح البلاد ما سميناه «تنظيم قانونى متكامل» . ويمكن تصور أن التنظيم المذكور يضع شكلا هرمياً لمصادر القانون ، جاعلا التشريع الملكى فوق أية سلطة أخرى تصدر القوانين . ولكن هذه السلطات ، وبالتالى مصادر القانون الأخرى ، كانت فى نفس الوقت تخضع للارادة الملكية ، ومن ثم فان أى مبدأ قانونى ينبع من هذه السلطات يصبح جزءاً من القانون الملكى ولو أنه أقل فى الأهمية من التشريعات الملكية . وسنوالى شرح هذه المسائل بابراز هيكل البناء القانونى الذى يستند على الأسس التالية :

(أولا) **التشريعات الملكية** : قلنا أن أهم العناصر التى ساهمت فى تكوين القانون يتمثل فى النشاط التشريعى للملوك ، ولو أن هذا النشاط لم يؤد إلى تقنينات كبيرة تماثل التقنينات التى قام بوضعها مشاهير الملوك على مر التاريخ مثل حمورابى أو جستينيان (١) . بيد اننا نلاحظ اتساع مداه من خلال ما كان يصدره الملك من البروستجماتا Prostagmata والدياجراماتا Diagrammta . ومازالت التفرقة بينهما محل خلاف (٢) . وسنهتم بمحاولة التمييز بينهما تاركين جانباً الأعمال التشريعية الملكية الأخرى

---

(١) راجع :

Préaux (Cl.) : Pourquoi n'y eut-il pas de grandes codifications héllénistiques? Revue internationale des droits de l'antiquité ,3ème sér., t.5 (1948), P. 365—387.

(٢) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Corpus des ordonnances des Ptolémées, AC. royale de Belgique, Bruxelles, 1964.

مثل الديورثوماتا Diorthômata وهى قرارات ملكية تصدر بغية تعديل القوانين واللوائح النافذة ، والبروجراماتا Programmata وهى عبارة عن اعلانات ملكية تتضمن أوامر ادارية . ويرجع سبب اهتمامنا إلى الدور الهائل الذى لعبته البروستجماتا والدياجراماتا فى الحياة القانونية لمصر البطلمية ولوفرة النصوص المتعلقة بهما . وتتكلم المصادر عادة عن البروستاجما والدياجراما ولكننا نصادف من حين إلى حين الجمع «بروستجماتا ودياجراماتا» .

١ — البروستجماتا :

وهى عبارة عن الأوامر الصادرة من الملوك البطالمة بمقتضى السلطات المطلقة التى كانوا يتمتعون بها ، بشرط أن يكون التعبير عن ارادتهم واضحاً وغالباً منسوباً اليهم بالاسم .

وكانت هذه الأوامر الملكية تتناول أموراً عامة أو خاصة . وكان الملوك يصدرونها من تلقاء أنفسهم أو بمناسبة شكاوى ومسطالب أصحاب المصلحة ، وذلك على التفصيل التالى :

لقد كان الملك الذى يصدر البروستجما يذكر اسمه فيها صراحة فى العادة. وهناك أمثلة متنوعة لها ، بعضها وهو الأكثر رسمية يبدأ بصيغة :

«بناء على أمر الملك Basiléos prestaxantes » ، والبعض الآخر تقدم باسم الملك متبوعاً بالفعل الذى يعبر عن مضمون الأمر ، مثال ذلك «الملك والملكة يعفيان Aphiasi » ، ويرد بعضها خالياً من كل اسم .

ونجد تحت هذا الوصف أوامر لها مضمون عام أى تتناول أموراً عامة ومدونة أم لا فى شكل رسائل . وهناك أوامر لها مضمون خاص وفى أشكال متنوعة للغاية . وتوجه الأوامر من النوع الأول إما إلى كل سكان المملكة أو إلى سائر أعضاء تجمع معين ، ويمتد نطاق تطبيقها إما إلى كل الأقليم أو إلى عدة مقاطعات . ويرد بعضها فى شكل خطابات موجهة من الملك

إلى واحد أو أكثر من كبار الموظفين وتحتوى على بيان للاجراءات التى يتعين تنفيذها . والبعض الآخر عبارة عن نصوص قوانين متميزة عن الاجراءات المتعلقة بتنفيذها . وهناك مثالان لهما دلالة خاصة ، ويكفيان لتعزيز هذه النتائج .

والأول هو خطاب من بطليموس الثانى فيلاديلفوس إلى وزير ماليته أبولونيوس يحظر فيه على المحامين أن يدافعوا عن المتهمين ضد مصالح الخزانة العامة وإلا تعرضوا لعقوبة صارمة . وقد جاء فيه :

«من الملك بطليموس إلى أبولونيوس ، سلام .

«بما أن بعض المحامين المذكورين فيما بعد يتولون الدفاع فى قضايا «مالية ضد مصالح موارد الدولة ، آمر بأن يدفع من ترافع فى القضايا «ضعف ضريبة العشر الاضافى للخزانة العامة ويمنع من المرافعة منذ الآن «فى أية قضية كانت .

«وإذا ثبت فى المستقبل أن أى واحد من أولئك الذين ألحقوا ضرراً «بالموارد العامة قد ترافع فى أية قضية كانت ، فانه يجب ارساله الينا «تحت حراسة جيدة ومصادرة أملاكه لمصلحة الخزانة العامة .

«الخامس عشر من شهر جوربياريوس ، فى العام السابع والعشرين (١)».

أما المثال الثانى، فهو خطاب من أحد ملوك البطالمة «يوأرجيتيس الثانى» ومن احدى الملكات (كليوباترة الثانية ؟) إلى أهل قورينة (برقة) يدعوانهم فيه أن يدخلوا فى تشريعهم نص بروستاجما يحظر وضع الأختام على الأموال السائبة أو المتنازع عليها ، كما يحظر القبض على المدعى عليهم بدون وكالة قضائية . وقد جاء فيه :

---

(١) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Les ordonnances particulières des Lagides, Mélanges Georges Smets, Bruxelles, 1952, P. 494; Idem : Les prostagmata des rois lagides, RIDA, 1, 1948, P. 125.

«من الملك بطليموس والملكة كليوباترة أخته ، إلى هل قورينة .
«سلام . نرسل لكم صور الرسائل التى وجهناها إلى المندوبين المنوط بهم
«الاشراف على المدن ، وكذلك صورة الأمر (بروستاجما) الذى رأينا من
«الصالح اصداره ، حتى تتبعوه . وتبعاً لذلك ، ولما كنا نسير على ألا يكون
«أحد من رعايانا موضع جور مخالفة للأمر ، فيجب ادخال نص البروستاجما
«فى الدياجراما القضائية النافذة عندكم ، لمراعاته فى المستقبل ، حتى لايشرع
«من يطالبون باستحقاقات لهم ، فى اتخاذ اجراء تنفيذى لا يعتمد على أساس
«قانونى . ولكم منا أطيب التمنيات . الرابع والعشرون من شهر جوربيايوس ،
«فى العام التاسع ، الرابع والعشرون من فامينوث .

«بأمر الملك والملكة .

«وإذا طالب موظفون أو رعايا ملكيون آخرون بأموال سائبة أو أموال
«محل نزاع ، فلا يجوز لهم أن يضعوا الأختام على أملاك المدعى عليهم أو العمل
«على سجن هؤلاء أو عبيدهم ، دون الحصول على إذن من القضاة الملكيين .
«الاغريق chrématistes ، ومن المأمورين المنوط بهم الاشراف على
المدن (١) » .

ونستبين من هذين المثالين كذلك كيفية اصدار البروستاجما وتنفيذها .

أما فيما يتعلق بالبروستاجما التى لها مدلول خاص ، فان أحكامها تتعلق
بموضوع منفصل ، أو بمجموعة من الأشخاص ، أو بمكان محدد . وكل
هذه الأوامر تشمل أساساً اجراءات تتعلق بمنح معينة Philanthrôpa
(امتيازات ، سندات حماية ، عفو) ، أو تصدر على الأقل كمظهر لحب
الملك لرعيته . وغالباً ما كان الأمر من هذا النوع يصدر بمناسبة النظر

(١) أنظر :
Lenger (M. Th.) : Les ordonnances Particulières des Lagides, op. cit., PP. 477 et 502.

فى الشكاوى وطلبات الاستحقاق المقدمة من أصحاب المصلحة . وكان يندر أن يصدر هذا الأمر من الملك ابتداء . ويصحب قرار الملك نص الطلب أو الشكوى extenxis ، وتحرر البروستاجما فيه ، أو ملخص الطلب أو الشكوى ، وهو يعتبر جزءاً لا يتجزأ من البروستاجما . وتحدد طريقة تقديم الطلب أو الشكوى إلى الملك ، شكل الاجابة الملكية ، وبالتالى شكل الأمر الملكى .

ويكفى هنا أيضاً أن نستعرض وثيقتين لهما دلالة خاصة لتعضيد هذه الأفكار والالمام بطريقة اصدار هذه الأوامر وتنفيذها .

وتتضمن الوثيقة الأولى خطاباً موجهاً من بطليموس فيلوميتور إلى شخص يدعى أبولونيوس ، يظن أنه قائد لحامية محلية ، يخبره فيه بمنح قطعة أرض مصادرة إلى معهد ثيرا الرياضى والمؤرخ فى ١٣ أغسطس ١٦٣ . وها هو نصه :

« من الملك بطليموس إلى أبولونيوس ، سلام .

« لقد تلقينا الخطاب الذى أرفقت به صورة الالتماس « الذى قدمه جنود حامية ثيرا .

« ولقد أمرنا الديويكيتيس ، وهو المدعو ديوجينيس « بأن يسلمهم ، طبقاً لطلبهم ، الأراضى التى استولى عليها « الاكونيموس لمصلحة الخزانة العامة ، وهى التيساجوريون ، « والكاركينيون ، وتلك المسماة كاليستراتيبا ، وتلك التى « كانت لدى التياكريتا — وهى أراضى يقدر ايرادها السنوى بـ ١١١ « دراخمة بطلمية — حتى يتسنى لهم تغطية مصاريف الأضاحى « وزيت التطهير .

« ولك منى أطيب التمنيات .

الخامس عشر من أودنايوس ، فى العام الثامن عشر ، الخامس عشر من أبيفى (١) » .

وتتضمن الوثيقة الثانية منشوراً دورياً موجهاً من بطليموس اسكندر الأول وزوجته برينيكى الثالثة إلى كافة موظفى مقاطعة منف، ويمنح فيه حق الحصانة لكبير محنطى معبد سرابيس فى منف ، وهو المدعو بتلسيس، ويطلب منهم فيه أن يتركوه فى أمن وسلام . ولقد صدر فى ١٥ اكتوبر سنة ٩٩ وها هو نصه :

« من الملك بطليموس ، ولقبه الاسكندر ، والملكة
« برينيكى أخته ،

« إلى استراتيجوس مقاطعة منف ، وإلى قائد الحامية ،
« وإلى إبيستاتيس الحرس ، وإلى رئيس الشرطة ، وإلى مدير
« الايرادات ، وإلى الباسيليكوس جراماتيوس ، وإلى مجموعة
« ابيستاتيس المعابد ، وإلى كبار الكهنة ، وإلى الموظفين
« الآخرين فى الادارة الملكية ، سلام . مرفق طيه صورة
« الالتماس الذى قدمه لنا بتيسيس ، ويخبرنا فيه بالمضايقات
« التى يتعرض لها باستمرار من قبل عدد من الأشخاص .

« فليكن إذن ، بالنسبة لكل مسألة كما يطلب .

« ولكم منى أطيب التمنيات .

« التاسع والعشرون من ديوس ، التاسع والعشرون ثيوس، سنة ١٦ (٢) » .

ويتبع ذلك التماس بتيسيس

(١) راجع : مجموعة الأوامر البطلمية ، المرجع السالف الذكر ، ص ٣٣ .
(٢) أنظر : مجموعة الأوامر البطلمية ، المرجع السالف الذكر ، ص ٦٢ .

٢ — الدياجراماتا :

لا تستنفد البروستجماتا كل العمل التشريعى لملوك البطالمة . فليست كل الأوامر الصادرة من الملك عبارة عن بروستجماتا . بل نعرف أشكالا أخرى لتدخل السلطة الملكية فى المجال القانونى . ولن نقحم أنفسنا فى استعراض الوثائق المتنوعة التى لها مضمون تشريعى أو تنظيمى والتى تستخدم فى التعبير عن اتجاهات السياسة الملكية والقرارات التنفيذية لها (١) . إذ من الصعب اجراء تقسيم خاص بها . ولذلك فاننا سنكتفى بالوقوف عند مجموعة النصوص ذات الطابع الأكثر تميزاً ووفرة ، وهى تلك المتعلقة بما يسمى الدياجراماتا .

ولفظ الدياجراما ، الذى يترجمه البعض بلفظ اللائحة ، نجده مستعملا فى معظم الدول الهلينستية ، وينصرف عند البطالمة إلى مجموعة الأحكام التى تتعلق بموضوع محدد . وهى عادة مجهول اسم من أصدرها ، وغير مؤرخة ، كما أنها تبدو بمثابة نوع من قوانين الكادر ، وهى دائماً قابلة للتغيير لكى تلائم الظروف المستجدة . ولا تقتصر أمثلتها ، كما كان يعتقد على المجالات الاقتصادية والمالية (شروط اجارة امتياز البنوك ، قوائم الضرائب وتعريفات الأثمان المفروضة (٢) ، ولكنها تمتد أيضاً إلى مجالات أخرى كتنظيم الهيئات القضائية والاجراءات القضائية (٣) والقانون الجنائى. وكان الملك يستطيع أن يتخطى أو يعدل الدياجراما بواسطة أمر ملكى

---

(١) أنظر :

Lenger (M.-Th.) : Les lois et ordonnances des Lagides, chronique d'Egypte, 19, 1944, pp. 108—146; Idem, Corpus des ordonnances des Ptolémées, pp. 20 — 21.

(٢) أنظر قوانين الدخل Revenue Laws للملك بطليموس الثانى فيلاد بلفوس (تنظيم الاحتكارات الملكية وتأجير الالتزام الخاص بمجموعة من الضرائب وايرادات الدولة) .

(٣) ولقد أبرز وولف فكرة الدياجراما القضائية الأساسية (ومن المحتمل أنها صدرت كذلك من قبل فيلاد يلفوس) ، فى بحث خاص له ، أنظر :

Wolff : Plurality of laws in ptolemaic Egypt, RIDA, 1960

خاص «بروستاجما» . والدياجراماتا أقل عدداً من البروستجماتا ، كما أنها منقولة بطريقة أقل اتقاناً ، ولكن دورها كان عظيما فى الحياة والقانونية لمصر ، ولا سيما فى بداية العصر البطلمى .

أهميه البروستجماتا والدياجراماتا :

تكون البروستجماتا والدياجراماتا المصدر الأساسى للقانون الذى وضعه البطالمة (١) ، وهو ما يمكن أن نطلق عليه اسم «القانون الملكى» . ولقد ظل متأثراً بالطابع الاغريقى . وهما يمثلان أهم نوعين من الأوامر الملكية .

وكانت هذه الأوامر الملكية أداة هامة من أدوات سلطة البطالمة التشريعية ، وكان ملوك البطالمة يشرعون بواسطة هذه الأداة لمصر وولاياتها وللمصريين والاغريق . فكما سبق القول ، كان الملك هو السلطة الوحيدة التى تستطيع اصدار تشريعات يخضع لها سائر سكان البلاد ، ما دام انهم جميعاً يعتبرون رعاياه .

ولقد كان لهذا «القانون الملكى» الأولوية على قوانين المدن التى كانت تنعم بقسط من الاستقلال الذاتى ، وقانون المصريين ، وقانون الاغريق وغيرهم من السكان (٢) .

وكان «القانون الملكى» يمس مختلف الموضوعات . وإذا كان ملوك البطالمة يشرعون من حيث المبدأ فى كل ناحية من نواحى القانون العام والقانون الخاص ، فان المصادر التى لدينا تكشف مع ذلك عن أن الأوامر الملكية كانت تتعلق على وجه الخصوص بالقانون العام ، وفى القليل بالقانون الخاص . فهى كانت فى الدرجة الأولى قوانين اقتصادية وضريبية . وتعالج

---

(١) راجع فيما يتعلق بهذا الموضوع : تاوبنشلاح ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٢، — ١٤ .

(٢) أنظر :

Modrzejewski, Jura, 15 (1964), 45—46.

بصفة خاصة أحوال تحصيل الضرائب وتنظيم الاحتكارات (١) . ومراعاة لأولوية مصالح الملك ، يلحق بهذه القوانين ، عدد من التشريعات التى تعالج مسائل مرتبطة بذلك ، مثل تنظيم مكتب التوثيق ، وكيفية التسجيل ، ونظام الأموال العقارية . وتضاف أيضاً القوانين المتعلقة بتنظيم الهيئات القضائية ، وقواعد الاجراءات ، وكيفية التنفيذ (٢) . وهناك أيضاً قوانين جنائية تمس النظام العام وأمن البلاد .

أما فيما يتعلق بمجالات القانون الخاص ، فان ما تبقى لنا من أوامر ملكية تتسم بالندرة : فهناك بعض الاشارات إلى دياجراما تحدد سعر الفائدة بالنسبة للقروض الخاصة ، وإلى دياجراما أخرى تنظم مسئولية ملاك المواشى عن الاضرار التى تلحقها بأموال الغير ، كما ذكرت فى سياق دعوى قضائية مادة من مواد دياجراما عن حق ملكية المبانى والغراس استند اليها المتقاضى . وتمثل كل هذه الاشارات استثناءات بالنسبة لما لدينا من وثائق . ولا تتضمن هذه الوثائق شيئاً يمس حالة الأشخاص ، وقانون الأسرة ، والمواريث .

ويسوغ لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه الحالة تفسر على أساس صدف الاكتشافات . والحقيقة أن الاجابة عن هذا التساؤل ترتبط بفكرة أن القانون المعمول به فى الدولة البطلمية ليس قاصراً على هذا القانون الملكى المشترك الذى تتضمنه الأوامر الملكية ، إذ احتفظت مختلف الجماعات فى هذه الدولة ، مع قانون أحوالها الشخصية ، بشطر كبير من قانونها الخاص . وعلى كل فان الدولة البطلمية تقدم لنا مثالا رائعاً عن مقاومة القانون الخاص لتشريع الدولة . كما يتعين علينا ألا ننسى ، من ناحية أخرى ، أن القانون الخاص يتطور بسرعة أقل من القانون العام .

---

(١) راجع على سبيل المثال : موسوعة الأوامر البطلمية : ص ١٧ – ١٨ ، ٢١ – ٢٢ – ٢٥ – ٢٨ – ٧٩ .

(٢) وهناك أمثلة لذلك فى موسوعة الأوامر البطلمية : ص ٤٤ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٧١ الخ ....

ولقد كان التشريع الملكى وفيراً فى القرن الثالث على الأخص ، الذى يمثل عصر تنظيم مصر الجديدة وازدهار الأسرة البطلمية (١) . ولقد ظل يلعب دوراً هاماً فى القرن الثانى ، ولكنه صار بالتدريج ضحية لضعف النظام الملكى .

ولقد ظلت بعض أحكام القانون الملكى البطلمى مطبقة فى مصر الرومانية (٢) . ولقد أوردت لنا موسوعة الأوامر البطلمية قائمة تحتوى على أمثلة من هذه الأوامر وهى مجموعة من البروستجماتا ظلت موجودة إلى ما بعد الاحتلال الرومانى ، وتتعلق بأحكام خاصة بطرق تنفيذ عقود الايجار ، وبحماية المزارعين من مقاضاة الدائنين لهم خلال موسم الأعمال الزراعية ، ونظام استبدال أراضى المستعمرات اليونانية ، والاعباء المرتبطة بايجارات الأراضى الملكية ، وامتيازات الكهنة فى المجال الضريبى ، والأرقاء المولودين فى منزل سيدهم ، وهبة العقارات ، ومصادرة الأموال التى يتعرض لها مخالفو «منشورات الملوك والحكام» ، وطرق تنفيذ الديون الخاصة (٣) .

كما استمرت بعض الدياجراماتا تطبق فى واقع الحياة العملية فى ظل الامبراطورية الرومانية (٤) . وهناك أمثلة لذلك فى مجال الرهن ، والوديعة والعربون . وتعكس الشروط المتعلقة بسعر الفائدة فى عقود القرض فى العصر الرومانى ، تنظيما تحدد بواسطة دياجراماتا صادرة من بطليموس الثانى فيلاديلفوس .

---

(١) أنظر على سبيل المثال : موسوعة الأوامر البطلمية : ص ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٤٦ ، ٥٣ ، ٦١ .

(٢) راجع : موسوعة الأوامر البطلمية ، ص ١٨ - ٢٠ .

(٣) أنظر :

Lenger (M. Th.) : Les vestiges de la legislation des Ptolémées en Egypte à l'époque romaine, RIDA, T. 3 (1949) ; Mélanges F.De Visscher, t. 2, P. 69—81.

وراجع أيضاً : موسوعة الأوامر البطلمية ، ص ٢٦٩ - ٢٧٢ (المصادر والمراجع).

(٤) موسوعة الأوامر البطلمية ، ص ١١٤ - ١٢٣.

(ثانيا) : القوانين Nomoi (١) :

كان من النادر أن يخلع الملك الهلينستى على أعماله التشريعية لفظ « قانون Nomos » ورغم التناقض الظاهر ، فان هذا اللفظ يطلق ، فى العصر محل هذه الدراسة ، على قواعد القانون التى لا تصدر عن الملك مباشرة .

ولقد سبق القول أن سكان البلاد فى العصر البطلمى كانوا يتكونون من مجموعتين كبيرتين تنتميان إلى سلالتين مختلفتين : أهالى البلاد الأصليين وهم المصريون ويمثلون الكثرة ، والمهاجرون ، وبصفة خاصة هؤلاء الذين ينتسبون إلى أصل أغريقى . وكانت لدى كل من المصريين والاغريق منذ البداية تقاليد قانونية خاصة ، مؤسسة على قوانينهم وأعرافهم ، وهم يميلون إلى استبقائها فى ظل النظام السياسى الجديد الذى خضعوا له . وفيما يتعلق بهذه المسألة ، نلاحظ أن المصريين وجدوا فى جماعة رجال دينهم الكثيرة العدد وذات النفوذ ، الحارس الأمين والفعال لقانونهم . أما فيما يتعلق بالاغريق ، فكان لديهم على وجه الخصوص ، لكفالة المحافظة على قانونهم ، التعضيد والضمان من قبل ثلاث مدن مستقلة نسبياً وهى : نقراطيس ، والاسكندرية ، وبطلمية .

وتشهد المصادر التى لدينا بما يؤكد أن هناك قوانين لسكان البلاد الأصليين ، وقوانين للمدن الاغريقية أدخلها المهاجرون ، ولقد ظلت نافذة فى مصر البطلمية . ورغم أن الأدلة على ذلك ليست وفيرة ، الا أن ما هو موجود يكفى لاثبات أن هذه القوانين كان يتمسك بها بصفة منتظمة أمام القضاء وكانت تفرض على القضاة .

وهذا الاختلاف فى القوانين (٢) نتيجة طبيعية لاختلاف عنصر السكان ،

---

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : Nomos in the papyri, J.J. P., t. 2 (1948), P. 67—73; Opera minora, t. 2 (1959), P. 107—114.

(٢) أنظر : =

واحترام البطالمة لهذا الاختلاف فى القوانين ، وعدم محاولتهم ، الا فى حدود معينة ، اصدار تشريعات تكون سارية على الجميع .

بيد أنه يتعين أن نبرز ما يمكن معرفته عن هذه القوانين ، ليتسنى لنا الالمام بالطريقة التى اتبعت للتوفيق بينها وبين سلطة الحكام والتشريعات الملكية .

١ — القانون المصرى :

عرف لدى الاغريق بعبارة « قانون (أو قوانين) أهل البلاد Nomos (Nomoi) tes choras . ويحتمل انها تنطبق تماماً على عبارة «قانون المصريين Ton aigyption nomos » التى ترددت فى مصادر العصر الرومانى .

ولسوء الحظ فاننا لا نعرف بالتفصيل شيئاً عن تاريخ وأصل هذه القوانين المصرية . ويكاد يكون من المؤكد على أية حال أنها لم تكن تعتبر بمثابة جزء من « الدياجراما » . ويستبعد التعبير نفسه « Nomos tes koras أو Nomoi tes koras قانون أو قوانين أهل البلاد » مثل هذا الافتراض . فلو كان هذا التعبير يشير إلى تشريع ملكى وضع خصيصاً باللغة اليونانية لكى يطبق على سكان البلاد الأصليين ويتضمن أنظمة تتعلق بهم ،أوأن هذا التعبير ينصرف إلى تقنين ديموطيقى أصدره أحد ملوك البطالمة لتكملة تقنين مصرى قديم (١) ، لم يكن هناك حاجة بالنسبة للخبراء القانونيين وكذلك من حيث وجهة النظر للفقه الحديث الخاصة بالدياجراما كمصدر للقانون ، إلى استعمال تعبيرات مميزة .

Préaux (Cl.) : sur la réception des droits dans l'Egypte gréco-romaine, Mél. de Wescher 4 (1950), 349—359; Wolff (H.J.) : Plurality of laws in ptolemaic Egypt, RIDA, 7 (1960), 191 — 223; Modrzejewski : Réflexions sur le droit ptolémaique, Jura, 15 (1964), 32—56; Idem, la règle de droit dans l'Egypte ptolémaique, Essays in Honor of C.B. Welles = Amer. Stud. Papyr., 1, 125—173.

(١) أنظر :

Arangio-Ruiz : Personae Familia, 29; Idem, la codification dans l'Egypte ancienne, JJP. t. 11/12 (1958), P 25-46.

والواقع انه من المحتمل جداً أن بعض أو كل القوانين الخاصة بسكان الريف من المصريين ترجع إلى ما قبل العصر البطلمي . فعندما نجد فى مصدر ديموطيقى من القرن الثانى العبارة الآتية : «اللوحةالثامنة من قانون مصر» يصعب حقاً أن نستبعد الشك ان كاتبها يرد فى ذهنه تقنين فرعونى قديم (١) . كما أن هناك أدلة أخرى عثر عليها فى محضر محاكمة مصرية وأوراق متعلقة بها جمعها «تومبسون» تحت عنوان «ارشيف عائلى من أسيوط» يرجع إلى حوالى عام ١٧٠ ق . م . مذكور فيه قوانين مصرية عديدة ، بعضها على الأقل يرجع تاريخه إلى العصر الفرعونى ، وتتعلق بالعلاقات المنزلية و اجراءات المحاكم (٢) .

ونضيف إلى ما تقدم أن ملوك الفراعنة تركوا شهرة كبيرة باعتبارهم مشرعين ، وان كنا لم نعثرحتى الآن على المجموعات القانونية التى أصدروها. بيد أن المصادر تشير اليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ومن بينها ما ظهر فى الآثار التى تنتمى إلى الدولة الوسطى فى مصر الفرعونية من اشارات إلى مجموعة من أربعين لوحة ، وتظهر فى الصور فى شكل لفات من أوراق البردى كان الوزير الأول للفرعون يضعها أمامه عندما كان يجلس فى ساحة القضاء . ولم يصل الينا أى من هذه اللوحات .

كما ينسب مؤرخو الإغريق مجموعات قانونية إلى اثنين من الفراعنة ينتميان إلى أواخر العصر الفرعونى ، وهما بوكخوريس (من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين) وأمازيس (من ملوك الأسرة السادسة والعشرين) . فوفقاً لرأى هيرودوت وديودور الصقلى (٣) ، وهو ما أكدته مجموعة

---

(١) راجع :

Arangio-Ruiz , J .J. P., 11—12, 33

(٢) أنظر :

Thempson (H.) : A family archive from Siut, from papyri in the British Museum, Oxford, 1934, PP. 3,11—32.

(٣) راجع عمر ممدوح : أصول تاريخ القانون ، ١٩٦٣ ، ص ٧٩ – ٨٠ ، ص ٢٢٥ ومابعدها ؛ صوفى أبو طالب : مبادىء تاريخ القانون ، ١٩٦٧ ، ص ١٦٣ ومابعدها .

من التصرفات القانونية التى تنتمى إلى هذا العصر ، قام الملك بوكخوريس بعمل تقنين باسمه ، تضمن من بين أحكامه القانونية الهامة حكماً يتعلق بالغاء الاسترقاق بسبب الدين . ويقال أن صولون ،مشرع أثينا المشهور، اقتبس منه هذا الحكم حينما وضع تقنينه المعروف (نحو عام ٦٠٠ أو عام ٥٩٤ ق . م .) . كما سار على نهج بوكخوريس أيضاً الملك أمازيس (٥٦٨ – ٥٢٦ ق . م.) (١) .

ولقد كان هناك العديد من الأسباب وراء استمرار العمل بهذا القانون فى العصر البطلمى . وهى لا تنحصر فقط فى العادة التى جرى عليها الغزاة وراء احترام قوانين المصريين ، بل ومنها أيضاً عدم وجود علاقات قوية بين العناصر السلالية المختلفة التى وجدت فى مصر ، واستمرار وجود اللغة المصرية التى كانت تقف فى سبيل أى امتزاج قانونى . فالتصرفات التى كان يدونها المصريون أو تدون من أجل المصريين كانت تكتب بالديموطيقية ، وهى تتبع ما جرى عليه العمل منذ الماضى السحيق وتخضع فى كل ما يثار بشأنها للقاضى المصرى . كما ساهم حرص موثقى العقود وكتابها على اتباع التقاليد القديمة إلى الابقاء على القانون المصرى . وأخيراً فانه لم يكن هناك ما يدعو البتة لأن يخلى هذا القانون ، الذى ساعدت على دقته قرون طويلة من الحضارة ، مكانه للقانون اليونانى .

٢ – القانون اليونانى :

كان من المستحيل كذلك فرض القانون المصرى على اليونانيين المهاجرين . ولقد ارتبط بعضهم بالمدن اليونانية فى مصر ، وعاش البعض الآخر فى البلاط الملكى أو فى ربوع البلاد . وهناك رأى يقول بأنه لم يكن هناك «قانون مشترك» للاغريق المقيمين فى ريف مصر نظراً لاختلاف

(١) ديودور : ١ ، ٧٤ وكذلك : ١ ، ٧٩ ؛ هيرودوت : ٢ ، ١٦٤ – ١٦٩ .

قوانين المدن العديدة فى اليونان والتى أمدت مصر بهؤلاء المهاجرين (١) ، وأنه ما كان من الممكن فرض قانون موحد على اليونانيين من غير مواطنى المدن اليونانية فى مصر لأنه كان سيترتب على ذلك العديد من المشاكل بسبب اختلاف قوانين مدنهم الأصلية التى كانوا ينتمون اليها .

ولكنا نلاحظ أنه إذا كان ثمة اختلاف بين قوانين المدن اليونانية القديمة، فانه قد أخذ يتلاشى فى ظل الحكم البطلمى . واستطاعت التشريعات الملكية أن تساهم فى هذا المضمار ، فقامت بعمل مواءمة واختيار فيما بين القوانين اليونانية المختلفة ، وساعدت على وجود «قانون مشترك» يطبق على كل الاغريق المهاجرين إلى الريف المصرى .

ومن ناحية أخرى فان كثيراً من الاختلافات المذكورة كانت طفيفة، كما ظهر بين الاغريق المقيمين فى مصر اتجاه قوى لتكوين رباط مشترك فى المجال القانونى مثلما تم فى مجال اللغة . كما ساعد على ذلك أيضاً موثقو العقود وكتابها من الاغريق ، ووجود لغة يونانية واحدة واستمرارها ، وكذلك الاطار العام الواحد الذى سادت فيه القوانين اليونانية . وإذا كان من المعلوم أن قوانين اليونان القديم (٢) كانت تنظم كل منها العلاقات التى تنشأ بين مجموعة من الأفراد يكونون جماعات صغيرة وهى جماعات المدن ، فان القوانين اليونانية فى مصر سادت على العكس فى اطار نظام الملكية المطلقة وانفصلت هذه القوانين بالتالى عن نظام المدينة . فالبيئة المصرية أدت إلى أن تتخلص القوانين اليونانية من روابطها التقليدية المتعلقة بنظام المدينة .

---

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : The ancient greek city laws in ptolemaic Egypt, Actes du cong. papyr., Bruxelles, 1938, , 471—489, op. minora, I, (1959), 601—622.

(٢) أنظر :

Gernet "L" : Introduction à l'étude du droit grec ancien, Archives d'Histoire du droit orientale, t. 2 "1938", P. 261 — 292.

والخلاصة أنه فى تقديرنا وجد قانون يونانى مشترك طبقته المحاكم اليونانية على الاغريق المقيمين فى الريف .

أما بخصوص المدن اليونانية الثلاث الموجودة فى مصر ، فلقد سمح الاستقلال النسبى الذى سلم به لها باصدار عدد من القوانين التى تطبق على مواطنيها وربما كذلك على سكان هذه المدن من غير مواطنيها . ويحتمل أن هذه القوانين هى التى كان يطلق عليها اصطلاح Politikoi Nomoi الوارد فى بعض النصوص (١) . وفى تقدير البعض ، أن هذا الاصطلاح كان يطلق على قانون الاسكندرية على وجه الخصوص . ومهما يكن من أمر ، فاننا نعتقد أنه بجانب ما كانت تصدره جمعيات هذه المدن من قرارات يطلق عليها اسم Psephismata ، فان اصطلاح politikoi nomoi كان ينصرف إلى القوانين التأسيسية للمدن ، ولا سيما قانون الاسكندرية .

أما فيما يتعلق بالعناصر السلالية الأخرى من غير الاغريق فلقد احتفظت بجزء من عاداتها على الأقل . ولكن ما كان يمكن لهذه العادات أن تستمر على قيد الحياة الا إذا كانت تتعلق بجماعات منظمة تضم أفراداً عديدين أى تتخذ شكل الجاليات . فالأجنبى المعزول ، والتائه بين جموع الشعب ، كان لابد أن يرتبط بأى من الشريعتين السائدتين ، المصرية أو الاغريقية .

كيفية التوفيق بين الشريعتين المصرية واليونانية من جهة والتشريعات الملكية من جهة أخرى :

يمكن أن نورد ثلاث ملحوظات تلقى الضوء على الطريقة التى اتبعها ملوك البطالمة فى التوفيق بين تشريعاتهم والشريعتين المصرية واليونانية :

١ — لم يكن ملوك البطالمة يكتفون بالاعتراف بفعالية الشريعة المصرية الموروثة عن أسلافهم والشريعة اليونانية التى حملها المهاجرون الاغريق

---

(١) أنظر :

Taubenschlag (R.) : Nomos in the papyri, J.J.P., t. 2 (1948), P. 67—73 = Opera minora, t. 2. (1959), 107 — 114.

إلى مصر . فلقد شرعوا أيضاً لكل من الطائفتين المصرية واليونانية . ونحن نعرف ، من خلال الملف الديموطيقى المتعلق بمحاكمة أسيوط قانوناً من قوانين السنة ٢١ (لبطليموس الخامس ابيفانيز ؟) ، وهو صادر من الملك ذاته أو على الأقل تحت ضمانه ، ويتعلق بنظام الأموال الزوجية الخاص بالمصريين . كما أننا قد أشرنا من قبل إلى أن الهيئات التشريعية لبعض المدن اليونانية الخاضعة لملوك البطالمة قامت ، بناء على طلب الملك بادخال نص أوامر ملكية فى قوانينها المحلية .

٢ — كما اتبع ملوك البطالمة مبدأ تدرج الشرائع على أساس السلطة التى تصدر القانون . فاذا كانت المسألة قد عالجتها بروستاجما أو دياجراما يكون لمثل هذه التشريعات الملكية الأولوية على المصادر القانونية الأخرى التى نظمتها . ولقد حدد هذا المبدأ بوضوح فى دياجراما من القرن الثالث ق . م . ، وعرضت فى دعوى ضمن عدد من المستندات . ويعلن نصها فى جوهره ما يلى : يخضع القضاة أساساً للدياجراماتا ، وفى حالة عدم وجود هذه الأوامر ، فلقوانين المواطنين ، وعند عدم وجودها فانهم يحكمون وفقاً لمقتضيات العدالة .

٣ — وفى حالة تنازع هذه الشرائع ، يقوم الملك بدور الحكم ويفرض ، عن طريق الأوامر الملكية ، الحلول التى يتعين اتباعها لحسم هذا التنازع . ومثال ذلك ، حينما أريد معرفة القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص حينما يثور نزاع بين اغريق ومصريين بخصوص العقود التى أبرموها فيما بينهم أجاب بطليموس الثانى يوأرجتيس فى بروستاجما مؤرخة نحو عام ١١٨ ق.م. بأن لغة العقد هى الفيصل .

ومن ثم يتضح من ترتيب الشرائع على هذا النحو ، أن التشريع الملكى كان متفوقاً بدرجة كبيرة ، وكان يباشر تأثيره فى النهاية ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على كل مظاهر القانون .

اساس استمرار القانون المصرى والقانون اليونانى :

أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل بين الباحثين .ويمكن أن نبلور آراءهم على النحو التالى :

١ - النظرية القائلة بأن اساس الزامية القوانين المصرية واليونانية ينحصر فى كونها اعتبرت بمثابة «أعراف» :

يذهب البعض (١) إلى أن استمرار بقاء القانون المصرى والقانون الاغريقى فى عهد البطالمة يرجع إلى أنها اعتبرت بمثابة «أعراف» صدق عليها الملوك وأيدوا فعاليتها من خلال الحماية القضائية التى منحت لها فى اطار التنظيم الذى وضعه بطليموس الثانى فيلاديلفوس . وبتعبير آخر فان القواعد التى لا تصدر عن الملك ترتكز بصفة رئيسية على أسس عرفية ، وتحميها الهيئات القضائية الملكية .

ويضيف أنصار هذه النظرية أنهم يقصدون «بالعرف» القواعد المرعية فى الحياة العملية ، والتى تحترم من قبل السلطات العامة ، ولكنها لا تصدر مباشرة عن الدولة المشرع . وهم يطلقون لفظ «التشريع» بالتالى على الأعمال التشريعية لملوك البطالمة ، فالتشريع يضم القواعد القانونية التى من خلق الدولة مباشرة .

ووفقاً لهذه النظرية أيضاً ، فان نفس الفكرة التى تتبناها تصدق أيضاً على قواعد القانون البطلمى ، عندما فقدت كل اتصال مباشر بالارادة التشريعية لملوك البطالمة ، وذلك فى العصر الرومانى ، وتجردت من الجزاء المحاكم الملكية تطبقه على كل من يخالفها .فلقد انكمشت هذه القواعد إلى مستوى الوقائع التى يحفظها مجرد الاستعمال ، واعتبرت استمرارا للتقاليد القانونية المحلية التى بقيت على قيدالحياةبعد الغزو الرومانى باعتبارها أعرافاً(٢).

---

(١) أنظر :

Modrzejewski (Joseph) : Essays welles, 1966, P. 127—173.

(٢) أنظر فيما يتعلق بدور العرف فى الحياة القانونية لمصر البطلمية :

٢ - النظرية القائلة بمبدأ الشخصيه :

تمسك علماء البردى ولا سيما العلماء الألمان بمبدأ الشخصية الذى يربط كل فرد بقانونه الأصلى ، باعتباره أساساً للفكر القانونى القديم . وبتطبيق هذا المبدأ على مصر البطلمية ، يقال أن الارتباط السلالى أو السياسى للفرد يمكن فى ظل بعض الظروف وفى اطار حدود معينة أن يحدد القانون الذى ينظم شئونه .

ويقارن هؤلاء الباحثون ، فيما يتعلق بمدى صلاحية كل من القانون المصرى والقانون اليونانى ونفاذهما فى نفس الوقت تحت حكم البطالمة ، الموقف فى عصر البطالمة بما حدث بعد ذلك بألف سنة فى اقليم ريبوارا فى مملكة الفرنجة حيث كان كل شخص يخضع لقانون قبيلته (١) .

٣ - النظرية القائله بأن القوة الاجبارية للقوانين اليونانية والمصريه ترجع الى ادخال هذه القوانين فى اطار التنظيم القضائى الذى ابتدعته الدوله البطلمية، أو مايسمى بقانون المحكمة Lex fori :

فى تقديرنا أن أساس الزامية القوانين المصرية واليونانية فى مصر البطلمية تحتاج إلى وقفة تأمل لكى يتسنى لنا التوصل إلى تفسير مقبول . وبطبيعة الحال ، ينبغى علينا أن نطرح جانباً الأفكار التى لا تثير خلافاً والتى تعتبر من المسلمات . فجميع الباحثين يعترفون بأن تاريخ القانون المصرى فى ظل البطالمة بل وحتى فى ظل الرومان كان يتسم بسمة واحدة وهى أنه فى اطار القانون الخاص تعايشت مجموعة من الأفكار والنظم المرتبطة بالحضارات العديدة التى تقابلت فى وادى النيل خلال العصر البطلمى والرومانى

=Taubenschlag (R.) : Customary law in the papyri, J.J.P., t. 1 (1946), P. 41— 54 = Opera minora, t. 2 (1959), P. 91 — 106; Modrzejewski (J.) : La notion d'injustice dans les papyrus grecs, Jura, t. 10 (1959), P. 67—85.

(١) أنظر :

Lex Ribuaria, 31,3

والبيزنطي . غير أن الخلاف يسود حينما نريد شرح كيف يحدث ان هذه الأفكار والنظم التي تنتمي إلى أصول مختلفة ، وغالباً شديدة الاختلاف من حيث الشكل والجوهر ،طبقت معاً في العصر البطلمي كقانون معمول به .

ونحن لا نتفق مع الرأي القائل بأن أساس الزامية هذه القوانين يكمن في كونها أعرافاً . كما أننا لسنا من أنصار النظرية القائلة بمبدأ الشخصية . فمثل هذه النظريات تثير التساؤلات أكثر مما تقدم الإجابة . صحيح أن الدول القديمة كانت تقصر على مواطنيها وحدهم ضمان مباشرة الدعاوى والتمتع بالحقوق باعتبارها من نتاج التنظيم القانوني للجماعة ، بينما يجد الأجنبي نفسه ، من الناحية النظرية على الأقل ، في وضع قائم على مجرد التسامح ، ويعتمد على الحماية التقديرية التي يكفلها له حاكم مكلف بشئون الاجانب ، بيد أنه لم يكن ينجم عن هذا الوضع أي التزام يقع على عاتق السلطات للتعامل مع الأجنبي ووفقاً لقانونه الخاص . ويمكن القول على أية حال بأن مبدأ الشخصية ينتمي إلى دولة المدينة ولكن لا مكان له في الملكيات المطلقة التي لا تقوم على أي تنظيم سياسي لحق مواطنة مطلق .

وبخصوص مصرفان الفكرة في أن الشخص يرتبط ارتباطاً لاانفصام فيه بقوانين جماعته الأصلية لم تكن تنطبق مع الفكرة الواقعية عن القانون لدى البطالمة والتي بدأت ، مع تنظيم فيلاديلفوس لنظام قضائي في نطاق محدد ، يعتمد على الملك وحده سواء في الأسس الشكلية أو الموضوعية لكل اختصاص قضائي . وعلى هذا فان القوانين المصرية واليونانية لم تكن تعتمد في الاعتراف بها على أية نظرية بمقتضاها كان يمكن اعتبار هذه القوانين خاصة بجماعات معينة من السكان (مبدأ الشخصية) ، إذ لم يعرف البطالمة مثل هذه النظرية .

ونحن نميل إلى القول بأن القوانين المصرية واليونانية كانت ملزمة لأنها ارتبطت بنوع معين من المحاكم ، طبقاً لرغبة الملك . وأي شخص كان يتقدم للمحكمة فانه كان يخضع للقوانين المعينة له ، لا لأنها القوانين التي ورثها عن أسلافه بل لكونها قانون المحكمة Lex fori .. فالمصري يخضع

للقانون المصرى لا باعتباره قانون أسلافه بل لكونه الشريعة التى تطبقها المحكمة المصرية وفقاً للتشريع الملكى الذى أصدره فيلاديلفوس . ويقال نفس الشيء بالنسبة لليونانى المقيم فى مصر .

ومن ثم فانه إذا نظرنا إلى القانون المصرى فى مجموعه من ناحية قانونيته يجب أن نعتبره بمثابة قانون ملكى بطلمى . وفى حدود الاختصاص القضائى للمحاكم المصرية Laokritai ، فانه يشغل مكاناً مماثلا للمكان المخصص للقوانين اليونانية من خلال اختصاص المحاكم اليونانية Dikasterion. فالقاضى كان يحكم فى المسائل التى لا تدخل فى نطاق أى دياجراما طبقاً لتلك القوانين إذا كان كلا الطرفين ينتميان إلى نفس السلالة . وهذا يعنى ادماج تلك القوانين ضمن نطاق القانون البطلمى ، على الرغم من أنها لم تكن بالضرورة نابعة أصلا من التنظيم القانونى البطلمى . فالمحاكم المصرية كانت تفصل فى المنازعات بين المصريين طبقاً للقوانين المصرية . وكذلك الأمر بالنسبة للمحاكم اليونانية ، فهى تفصل فى المنازعات بين الاغريق وفقاً للقوانين اليونانية . وليس هناك شك فى أن استمرار جميع هذه القوانين كان له طابع رسمى . وينتج الاستنتاج بأن هذا الاستمرار بنى على نوع من الموافقة الرسمية من الحكومة الملكية ، وضع المحكمة المصرية Laokritai والمحكمة اليونانية Dikasterion كجزء لا يتجزأ من النظام القضائى الذى يعمل تحت سلطة الملك .

ومن المؤسف حقاً أن المظهر الخارجى لهذه الموافقة الرسمية هو احدى المسائل التى لم تجب عنها مصادرنا بالضبط .. ويغلب على الظن أن وضع المحاكم المصرية وسلطتها القضائية كان يرتكز على دياجراما والا فكيف يمكن أن نفسر الحاق مدع عام Eisagogeus بها؟ ونتيجة لذلك فإنه يمكن القول بأن هذه الدياجراما كانت تؤكد القوانين المصرية . وتصبح هذه الموافقة مماثلة لتلك التى رفعت القوانين اليونانية إلى مرتبة مصدر رسمى للقانون الذى تطبقه المحاكم اليونانية «الديكاستريون» .

وهكذا يمكن أن نكرر بالنسبة للمصريين وغيرهم من سكان الريف أن القانون كله كان يعتبر كلا لا يتجزأ ، وينبع من الملك باعتباره المصدر الوحيد للقانون . وتصبح مفهومة الفكرة التى نادى بها وهى أن فيلاديلفوس بتنظيمه للقضاء وباتمامه أو ببدئه البرنامج التشريعى الشامل كان يهدف إلى إدخال «تنظيم متكامل» للقانون الخاص بالنسبة للبلاد بأسرها . ولقد حقق ذلك فعلا .

ولم يكن بالطبع «تنظيما» بمعنى مجموعة موحدة من النظم المتناسقة المتساوية فى القيمة (ولو أنها غير متساوية فى مصادرها المختلفة) . وعلى أية حال فان الأفراد كانوا يستطيعون ، عند تنظيم أمورهم الخاصة ، أن يختاروا من بين النظم المعمول بها تلك التى تتفق مع تقاليدهم الوطنية .

ومن ثم نخلص من كل ما تقدم إلى أن القوة الاجبارية للقوانين اليونانية والمصرية فى العصر البطلمى كانت فى تقديرنا نتيجة لادخال هذه القوانين فى اطار التنظيم القضائى الذى ابتدعه البطالمة .

الفرق بين مبدأ الشخصية ومبدأ قانون المحكمة :

يمكن تصور اننا نحاول اجراء مجرد تفرقة نظرية بين مبدأ الشخصية كما فهمه الالمان ، وفكرة قانون المحكمة Lex fori الذى خوله الملك بطليموس الثانى فيلاديلفوس للمحاكم اليونانية والمصرية المعترف بها فى مصر . ذلك أنه من الناحية العملية فان الآثار التى ترتبت على التنظيم المزدوج للمحاكم كانت غالباً مشابهة لتلك التى كان يمكن أن تحدث نتيجة للاعتراف «بمبدأ الشخصية» . ونحن لا نعرف ما إذا كان قد سمح للمصريين (كما هو الشأن بالنسبة لليهود وغيرهم ممن لا ينتمون إلى السلالة اليونانية) بالتقاضى أمام المحكمة اليونانية Dikasterion ، أو الأشخاص الذين ليسوا من أصل مصرى بالتقاضى أمام المحكمة المصرية Laokritai . وعلى أية حال ، فانه يمكن التسليم بأن هذه الحالات كانت نادرة جداً ، إذا كانت قد حدثت على الأطلاق .

فمن الناحية الواقعية ، كان كل من هذين النوعين من المحاكم يخدم أولئك الذين انشىء من أجلهم . وكما سبق القبول ، سمح للمحاكم المصرية أن تتبع القوانين المصرية ، ومن ثم كانت مشاكل المصريين تحل طبقاً لتقاليدهم القانونية ، بينما كان الآخرون الذين يتقدمون إلى المحاكم اليونانية يتمتعون بنفس الحق .

بيد أننا إذا خرجنا عن نطاق اختصاص المحاكم المصرية واليونانية ، فان الأهمية العملية للتفرقة بين مبدأ الشخصية ومبدأ قانون المحكمة تصبح واضحة . ففى خارج نطاق التقاضى لم يتردد الأفراد فى استعمال نظم غريبة عن قوانينهم الوطنية كلما استدعت مصالحهم الخاصة مثل هذا العمل ، وذلك على خلاف ما يقضى به مبدأ الشخصية . وكان بوجه عام متاحاً للجميع بلا استثناء الجهاز المعد لأغراض تسجيل ونشر المعاملات . فكان المصريون عند ابرام العقود ، كثيراً ما كانوا يستعينون بخدمات الموثقين اليونانيين ، وكان اليونانيون يصبون معاملاتهم فى بعض الأحيان فى قوالب ديموطيقية ، وكان اختيار اللغة بطبيعة الحال معناه قبول مضمون القانون الذى كان يلزم كتاب وموثقى كل منهما . ومما هو جدير بالذكر أيضاً أن المصريين كثيراً ما كانوا يدعمون معاملاتهم المتضمنة انتقال الملكية والتى وضعت فعلا فى صورة عقد ديموطيقى ، وذلك بالاستعانة بالنظام اليونانى المتعلق بتسجيل انتقال الملكية Katagraphé . كما كان القانون نفسه يحدد الخطوات التى يجب اتخاذها لتحقيق الإدعاءات المطلوبة بخصوص موضوع معين ،كلما كانت هناك دياجراما متعلقة بهذا الموضوع ، وكانت تطبق ، بطبيعة الحال ، فى جميع الحالات بصرف النظر عن جنسية الدائن أو المدين .

ولربما يعترض البعض بأن استعمال الجميع للجهاز المعد لتسجيل ونشر المعاملات بدون أية قيود ، وكذلك الأدوات الرسمية ، لم يكن منه بد بسبب علاقات التعامل الضخمة التى كانت قائمة بين العناصر المختلفة

من السكان . إذ كان يجب بالطبع أن تطبق على كل فرد القواعد التى تصدر لتأمين سلامة المعاملات أو لضمان أسلوب منظم .

ولهذا فان الأمثلة التى أعطيناها ربما كانت لا تثبت النظرية التى نؤيدها تماماً . ولكن لا داعى لتحفظ مماثل ازاء حقيقة أن هناك سلطات أخرى غير المحاكم العادية لم تكن خاضعة لأى قانون يمكن أن تدعيه الأطراف المتنازعة خاصاً بها باعتبارها أعضاء فى مجموعة قومية أو متعلقة بمدينة . فلقد كان الموظفون ، بحكم عملهم كممثلين مباشرين للملك ومسئولين أمامه وحده يمارسون سلطة الإجبار أكثر من ممارستهم للقضاء ، خاضعين فقط لأوامره أو تعليماته العامه الموجهة اليهم مباشرة . وربما تعنى بردية من القرن الثانى ق . م . (عام ١٧١) تتضمن التماساً لفلاح مصرى قدم إلى الاستراتيجوس ويستشهد فيه بنص وارد فى دياجراما لتدعيم ادعائه بخصوص حق الملكية . ولا شك ان هذا الالتماس له مغزى بخصوص موضوعنا . فالقاعدة المشار اليها فيه تتعلق بمسألة تتصل اتصالا وثيقاً بالعلاقات العائلية والمواريث ؛ أى أنه كان يحكمها القانون المصرى (١) . ومع ذلك فنحن بصدد مصرى يقاضى مصرياً آخر ، وهو الذى فضل الالتجاء إلى التشريع الملكى (الدياجراما) بدلا من القانون المصرى الخاص به والذى كان على المحاكم المصرية تطبيقه ، لو أنه قام بمقاضاة خصمه أمامها . ولا نعرف بالضبط سبب هذا التفضيل ، ربما لمجرد أن الاستراتيجوس لم يكن يفهم الديموطيقية ، وربما مرد ذلك إلى أن الترجمة اليونانية للقانون المصرى لم تكن موجودة بعد . ولكن هذه المسألة ليست لها أهمية لنا مثل المسألة الأخرى وهى أن هذه البردية تثبت أن جنسية الطرفين لا تحدد بالضرورة القانون الذى يتعين على الاستراتيجوس اتباعه .

وهذا يستخلص أيضاً مما سبق أن قلناه من أن الناس فى معاملاتهم

---

(١) أنظر :

Arangio Ruiz, J. J. P.,11—12 (1958), 37.

اليومية – وخصوصاً فيما يتعلق بعلاقاتهم العائلية – يستفيدون من النظم المصرية واليونانية بدون تمييز ، وبأحسن مايفيد أغراضهم ، بصرف النظر عن أصلهم (١) .

يبين من كل ما تقدم أن البطالمة حرصوا على احترام النظم التقليدية والأفكار العامة لشعب يتمتع بشخصية وطنية لا يمكن تحطيمها ، وذلك نتيجة للسياسة الواقعية التى التزموا بها . وهذا يؤيد خصيصة الازدواج التى ميزت تطور القانون والقضاء فى مصر البطلمية وتبين الحاجز الذى كان يفصل مابين مجال الثقافة القانونية المصرية واليونانية . كما أن الميل إلى العزلة كان يجعل هناك مواجهة ما بين العنصر الاغريقى والعنصر المصرى فى المجالات المختلفة للحياة العامة ومن أهمها التنظيم القضائى والقانونى .

وعندما استولى الرومان على مصر فان النظم التى كانت تبقى القانون اليونانى والقانون المصرى بعيدين عن بعضهما كانت قد وصلت إلى حد النسيان وانتصرت العوامل التى تميل إلى الاتجاه العكسى . فسمة السلطة التى اتسم بها التنظيم القضائى كما طبقه الرومان ، والاتجاه الرومانى لمعاملة التقاليد القانونية لسكان مصر كمجرد تقاليد تظل مراعاتها متروكة لتقدير السلطات حالت بطبيعة الحال دون احياء تعدد القضاء الذى كان من الممكن أن يعيد المبدأ القديم الخاص بقانون المحكمة Lexfori . وهذا هو ماسنفصله فيما يلى .

---

(١) أنظر :

Taubenschlag, Op. Min., 2, 447.

الباب الثانى

أسس التنظيم القانونى فى مصر الرومانية

مقدمة :

١ – **الامبراطور** : كانت مصر فى غاية السوء ، عندما وقعت فى قبضة أول أباطرة الرومان . إذ ابتلعت الثورات والحروب جزءاً كبيراً من دخلها ، وخلت الادارة من الموظفين الأكفاء ، وشكى السكان باستمرار من ابتزاز جباة الضرائب والموظفين لأموالهم . وعموماً فان الأحوال كانت شبيهة بتلك التى سادت مصر قبل الغزو اليونانى .

ولقد تحولت مصر نتيجة الاحتلال الرومانى ، من مملكة مستقلة أثناء حكم البطالمة إلى ولاية تابعة للامبراطورية الرومانية ، وذلك ابتداء من عام ٣٠ ق .م. (١) . بيد أنها لم تكن ولاية على نمط الولايات الرومانية الأخرى ، وانما احتلت وضعاً فريداً ، وحكمت وفقاً لنظام خاص (٢) ، وتبعت امبراطور روما مباشرة .

واستبقى أكتافيوس ، بعد فتحه لمصر ، النظام الادارى والاقتصادى للبلاد دون مساس تقريباً . إذ كانت سياسة الرومان على الدوام أنه حينما

---

(١) أنظر :

Van Groningen (A.B.) : L'Egypte et l'Empire, Etude de droit romain public, Aegyptus 7, 1926, P. 189—202.

(٢) أنظر عكس هذا الرأى :

Jouguet (P.) : La domination romaine en Egypte aux deux premierssiècles après Jesus-Christ, Alexandrie publications de la société royale d'archéologie 1947 (conférence donnée à la société royale d'archéologie d'Alexandrie, le 29 avril 1946), P.5.

يضاف إلى امبراطوريتهم بلد يتمتع بتنظيم متطور للحكومة ، فانهم لايتدخلون الا بالقدر الضرورى فيما يوجد من نظم (١) .

وتلقى هازم كليوباترة والوارث المباشر للبطالمة مظاهر التكريم الالهى التى كانت تؤدى لفراعنة مصر منذ القدم . واضطلع بالدور الدينى للفرعون وما يرتبط به من شعائر . فالغزو الرومانى لمصر لا يعنى بالنسبة لسكان البلاد سوى مجرد تغيير فى الأسرة الحاكمة . ومارس الامبراطور أغسطس عليها سلطاناً مطلقاً . فهو يختار حكامها ، وهم مسئولون أمامه فقط ، ويتم شغل جميع الوظائف عن طريقه بصورة مباشرة أو غير مباشرة . وأرسيت دعائم حكم مطلق فى مصر يدور حول شخص الامبراطور بحيث يمكنه أن يتخذ أى تدبير يراه مناسباً دون الحاجة إلى استشارة أحد (٢) .

ويبين من كل ما تقدم أن امبراطور روما أصبح فرعوناً لمصر ، ويرسم على المعابد والآثار المصرية بهذه الصفة ، ولا تخضع مصر لسلطة غير سلطته. إذ كانت التقاليد المصرية المستقرة منذ آلاف السنين توجب أن تحكم مصر حكماً ملكياً . ومن ثم فانه بعد سقوط مملكة البطالمة ، صار الامبراطور الرومانى وريثاً لهم ، وخلفهم فى حكم البلاد باعتباره الملك الشرعى وفرعون مصر .

٢ — **العنصر الرومانى** : إذا كان مجىء الرومان إلى مصر لم يقلب كل شىء فيها رأساً على عقب بصفة كاملة ، فانه أدى مع ذلك إلى تغييرات

---

(١) أنظر :

Préaux "Cl." :

Les continuités dans l'Egypte gréco-romaine, Actes du congrès International de Papyrologues, P. 236.

(٢) راجع :

Piganiol (A.) : Le statut augusteen de l'Egypte et sa destruction, Museum Helveticum, X,3—4 (1953), P. 195; Van Groningen (A.B.), op. cit., 189 et suiv.

ملحوظة . فلقد أدخل الغزو الرومانى عنصراً بشرياً جديداً ونعنى به الرومان وهم يمثلون أقلية عددية ، ويعملون كموظفين وجنود ورجال أعمال . كما حصل الكثير من الأغريق والمصريين المتأغرقين على المواطنة الرومانية Civitas romana . وهم الذين كانت النصوص فى العصر الرومانى تعنيهم فى بعض الأحيان حينما كانت تذكر رومان مصر .

وإذا طرحنا جانباً الاستثناءات ، وأهمها الاستثناء الخاص باليهود ، إذ يحتمل أنه كان من الممكن لهؤلاء أن يكتسبوا الرعوية الرومانية مباشرة ، أما بالنسبة لغيرهم فكانت المواطنة الاسكندرية تشترط للحصول على الرعوية الرومانية . ويحتمل أن مواطنى المدن اليونانية الأخرى عوملوا بالنسبة لهذه المسألة معاملة الاسكندريين . كما أسهم الجيش الرومانى فى تكوين الطبقة الجديدة ، إذ كان يمكن اكتساب المواطنة الرومانية بالالتحاق به . فالخدمة فى الفرق العسكرية الرومانية كانت تقتضى الجنسية الرومانية ، وهو ما كان يتم بالانخراط فيها . ولكن كان ينبغى تحقق أحد شرطين : إما الالتحاق بمدينة وبالتالى فانه كان ينبغى بالنسبة للمصريين أن يلتحقوا باحدى المدن اليونانية حتى يمكنهم الالتحاق بالفرق الرومانية ، وإما أن يكون الفرد من مواليد المعسكرات Ex-Casteris ، أى ولد أثناء الخدمة العسكرية لأبيه الجندى . ولكن ابتداء من القرن الثانى الميلادى ، اخذت الصبغة المحلية فى التزايد بخصوص التطوع فى الجيش الرومانى إذ لم يعد يقبل فيه مواطنو المدن فقط بل وكذلك سكان الحواضر (١) .

وهناك فئة أخرى كانت تمنح الجنسية الرومانية ، وهى تضم الأفراد الذين يعتقهم المواطنون الرومان بواسطة الطرق الرسمية للعتق (مثل دعوى الحرية الصورية Vindicta ، وقيد الرقيق فى قوائم التعداد Censu ، والعتق بطريق الوصية ، والعتق فى حضرة الأصدقاء) ، وذلك عندما يكون المعتق قد تجاوز الثلاثين عاماً .

---

(١) أنظر :

Lesoniem (J.) : L'armée romaine en Egypte

وكان هؤلاء المواطنون الرومان ، بصرف النظر عن أصلهم والطريقة التى حصلوا بها على المواطنة الرومانية ، يمثلون الطبقة العليا فى مصر ، ويحتلون وضعاً مميزاً بالنسبة لسكان البلاد الأصليين . ولم ينشىء رومان مصر مدناً رومانية على نمط المدن اليونانية ، بل وجدوا فى الأماكن المختلفة ، ويحتمل أنهم كونوا لأنفسهم رابطة تجمعهم Conventus civium romanorum، وساهموا كمجموعة مستقلة فى أوجه النشاط المختلفة . وهذا هو ما تكشف عنه بردية من أوكسيرنخوس (البهنسا) فى صعيد مصر ، إذ تتحدث عن اجتماع عام لأهل هذه البلدة ، وتذكر أنه اشترك فى هذا الاجتماع موظفو البلدة وأهلها والمواطنون الرومان والاسكندريون المستقرون بها .

ولقد ساهم هؤلاء الرومان المقيمون فى مصر ، وكثير منهم فى الأصل اغريق أو مصريون متأغرقون كما قلنا ، فى نشر اللغة اللاتينية فى مصر . غير أن هذه اللغة وان كانت تعلم ، لم يكن يتحدث بها كثيراً . إذ ظلت اللغـــة اليونانية هى لغـــة الادارة . وكانت الدساتير الامبراطورية ذاتها تدون باليونانية إذا كانت موجهة لمصر ، وكذلك منشورات الولاة فيها . ولم تستخدم اللاتينية إلا بالنسبة للأوامر والتعليمات الامبراطورية التى توجه إلى الموظفين الرومان ، والمنشورات والبيانات الموجهة إلى القوات العسكرية وكذلك التصرفات التى تجرى وفقاً للقانون المدنى الرومانى ius civile .

وهكذا لم يحاول الرومان أبداً أن يصبغوا مصر بالصبغة الرومانية الكاملة ، وان كانوا قد طبقوا عليها المبادىء العامة التى كانت لديهم عن أى مجتمع إنسانى ، إذ لم يتصوروا المجتمع دون تدرج هرمى بالنسبة للأشخاص والحقوق. واحتلوا قمة المجتمع المصرى كما سبق أن رأينا ، وتمتعوا بامتيازات عديدة مثل شغل المناصب الهامة فى الادارة . وحرصوا على وضع تفرقة دقيقة للغاية ما بين الرومان ومواطنى المدن اليونانية من ناحية ، وبين بقية السكان من ناحية أخرى . ويستدل على ذلك من تقريرهم عدداً من الجزاءات بالنسبة لبعض حالات الزواج المختلط ، فما كان يجوز للرومانى أن يتزوج

من أمرأة من سكان الريف حتى ولو كانت متأغرقة ، ويعتبر هذا الزواج مخالفاً للقانون . ويحتمل أن الزواج كان جائزاً ما بين مواطنى المدن اليونانية والمصريين المتأغرقين من سكان الحواضر ، ولكنه غير جائز ما بين هؤلاء المواطنين والمصريين ، باستثناء مواطنى مدينة أنتينوبوليس ، إذ سمح لهؤلاء الإغريق الجدد الزواج من المصريين . ويعكس هذا ا لاجراء الذى اتخذه الإمبراطور هادريان تفكيره الانسانى ، كما أن الضرورة أوحت به إذ أن هادريان ملأ مدينته بسكان الحواضر .

وفى المرتبة الدنيا من التدرج الاجتماعى ، يوجد سكان البلاد الأصليين الذين يقطنون فى غالبيتهم العظمى الريف . وأجبر المصرى على أن يظل مرتبطاً بالأرض التى يفلحها لمصلحة الحاكم الأجنبى . وظلت مدينة الاسكندرية ذاتها مغلقة فى وجهه .

هذا ولقد سبق أن ذكرنا أن اصطلاح «Aegyption» أصبح ينصرف فى العصر الرومانى إلى المصريين ، وإلى الأغريق والمصريين المتأغرقين المقيمين فى الريف (١) .

٣ — **السلطه التشريعيه :**

احتكر أباطرة الرومان هذه السلطة ، وان كانوا قد أجازوا للولاة حق اصدار منشورات تكون مصدراً للقانون المطبق فى مصر (٢) . وهو يماثل حق اصدار المنشورات ius edicendi الذى يتمتع به البريتور المدنى فى روما . إذ من المعلوم ان هذا الأخير كان يقوم عند تقلده الوظيفة باصدار منشور يتضمن المبادىء العامة التى سيراعيها أثناء قيامه بوظيفته .

---

(١) راجع :

Bickerman, Arch. F. pap. 9, 1929, P. 40—42.

(٢) أنظر :

Piganiol : Le statut augustéen l'de Egypte et sa destruction, 7me cong.int. pap.; Idem, l'originalité de l'Egypte dans le monde gréco-romain, Mus. Helv. fasc. 3/4, Basel, 1953, P. 196.

ومنشورات الولاة من قواعد . وكانت هذه الدساتير والمنشورات تنشر على الملأ ، يلصقها فى الأماكن العامة فى أرجاء البلاد . ويتم ذلك تحت اشراف الموظفين ، ولا سيما الاستراتيجوس .

ولقد حفظت لنا الوثائق ، ونعنى بها النقوش والبرديات ، العديد من منشورات الولاة وكان أهمها المنشور الذى يصدره الوالى عند تقلده الوظيفة حيث يعرض فيه المبادىء التى ينبغى عليه اتباعها أثناء ولايته . وكانت هذه عادة متبعة فى جميع الولايات الرومانية وان كنا لم نعثر على أى نموذج لمنشور الوالى بالنسبة للولايات الأخرى .

ولما كانت المبادىء التى تتضمنها منشورات الولاة لا تتغير فى العادة ، لذلك كان غالباً ما يكتفى الوالى بتكرار ما جاء فى منشورات أسلافه من أحكام Edictum Translaticium . ومن ثم وجدت أحكام مشتركة تضمنتها منشورات الولاة فى أنحاء الامبراطورية جمعت فى منشور واحد أطلق عليه اسم منشور الوالى المستديم Edictum Provinciale . واعتبر مصدراً للقانون الرومانى بين جميع الولايات . وبجانبه وجدت منشورات ولاة مصر التى تتضمن قواعد قانونية خاصة بها . ويمكن القول اذن أن جميع ما يقرره الوالى له قوة القانون فى مصر ، ولا يحد سلطانه سوى ارادة الامبراطور وما يضعه من نظم للولاية .

وإذا كانت الدساتير الامبراطورية ومنشورات ولاة مصر قد أصبحت تمثل مصادر القانون الرومانى المطبق فى مصر من الناحية الرسمية ، غير أن الرومان استبقوا مع ذلك النظم المحلية فى مجال القانون الخاص والتى تضمنتها القوانين المصرية واليونانية والتشريعات الملكية فى العصر البطلمى . وسوف نعالج علاقة القوانين المحلية بالقانون الرومانى ابان مرحلتين متعاقبتين : مرحلة ما قبل صدور دستور كراكلا فى فصل أول ، ومرحلة ما بعد صدور دستور كراكلا فى فصل ثان .

الفصل الأول

العلاقة مابين القوانين المحلية والقانون الروماني
في مرحلة ما قبل صدور دستور كراكلا

١ — وضع القوانين المحلية بعد الغزو الروماني :

انفصلت بالغزو الروماني الرابطة التي كانت توجد بين سلطة الدولة البطلمية والقواعد التي تضمنها القانون البطلمي سواء كانت تشريعات ملكية أو قوانين يونانية أو مصرية . وانكمشت هذه القواعد إلى مستوى الوقائع التي حفظها مجرد الاستعمال نتيجة فقدانها الاتصال المباشر بسلطة الملوك التشريعية أو بتجريد هامن الجزاء الذي كانت تخوله لها المحاكم الملكية . ومع ذلك فان هذه المسألة ، وهي المتعلقة بأساس الزامية القوانين المحلية بعد الغزو الروماني ، تثير خلافاً كبيراً بين العلماء .

١ — أسس استمرار القوانين المحلية في مصر الرومانيه :

تعددت الفروض التي قال بها علماء البرديات لتفسير هذا الاستمرار على النحو التالي :

١ — فكرة القانون المعطى Lex data :

نقصد «بالقانون المعطى» القانون الصادر من الامبراطور بناء على تفويضه السلطة التشريعية المخولة له من قبل المجالس الشعبية بغية تحديد الوضع القانوني لبلد من البلاد المفتوحة . ولقدقال بهذه الفكرة تاوبنشلاج (١) الذي ذهب إلى أن النظام الأساسي الذي وضعه الامبراطور أغسطس لمصر

---

(١) أنظر :

Taubenschlag : The law of greco-roman Egypt in the light of the papyri " 332 B.C. — 640. A.D." P. 29.

كان يتضمن تنظيما رسمياً للعلاقات القانونية بين سكان مصر ويرخص للمصريين والاغريق وسائر العناصر الأجنبية الأخرى بجواز اتباع تقاليدهم .

فنحن إزاء قانون أساسي خاص بالولاية Lex provinciae مماثل للقوانين التي كانت تصدر فى أعقاب الغزو الرومانى ، وفقاً لعادة دستورية جرت منذ العصر الجمهورى ، لوضع أسس النظام الذى تسير عليه البلاد المفتوحة . ولقد أجاز هذا القانون استمرار القوانين المحلية معمولا بها فى مصر .

ولقد تعرض هذا الفرض الذى ذهب اليه تاوبنشلاج للنقد ، إذ أثار بيجانيول Piganiol حوله الشك فى بحث قدمه أمام المؤتمر السابع لعلماء البرديات (الذى عقد فى جنيف فى عام ١٩٥٢) . وهو يحلل فى هذا البحث الهيكل العام للنظام الأساسى الذى وضعه أغسطس لمصر ، مع رفضه فكرة القانون المعطى الذى يشتمل على قواعد تنظيمية عامة . فاذا كان من المؤكد ، وفقاً لهذا الفقيه ، أنه قد تقررت عزلة مصر منذ سنة ٣٠ ، فانه يمكن تصور أن تنظيم البلاد يكون قد تم نتيجة مجموعة من القوانين لها تواريخ مختلفة (١) .

وتطبيقاً لذلك ، فلقد حدد قانون صادر من المجالس الشعبية سلطات والى مصر ، وخوله سلطة الأمر والنهى الشبيهة بسلطة البروقنصل Imperium ad similitudinem proconsulis (٢) . فهو يخلع على الوالى المظهر الشرعى من الناحية الدستورية ، دون تحديد الاختصاصات ، التي كانت تتم عن طريق الدساتير الامبراطورية . وتذكر المصادر بوجه خاص دستوراً لأغسطس يؤكد فيه أن من حق الوالى مباشرة طريقة العتق بدعوى الحرية الصورية Manumissio Vindicta (٣) ، وأن يصدر

---

(١) أنظر

Mus. Helvo, 10, 1953, P. 193 — 202.

(٢) موسوعة جستينيان . ١ ، ١٧ ، ١ .

(٣) موسوعة جستينيان : ٤٠ ، ٢ ، ٢١ .

الأوامر باعتباره حاكماً (١) . ومما لا شك فيه أنه بنفس الأسلوب ، تقرر تقسيم البلاد إلى ابيستراتيجيات ، وتم تحديد هيكل النظام المالى للبلاد .

وفى تقديرنا أن الافتراض القائل بوجود قانون أو عدة قوانين صادرة من أغسطس للتصديق على استمرار العمل بالقوانين المحلية لا يتضمن تبريراً مقنعاً . إذ أن القواعد التى تضمنتها الدساتير الامبراطورية السالفة الذكر قاصرة على مسائل تتعلق باختصاصات وآلى مصر والنظامين الادارى والضريبى .

٢ — قيام الرومان بتقنين القوانين المحليه

يذهب فريق من العلماء إلى أن أساس العمل بالقوانين المحلية يكمن فى التقنين الذى قام الرومان بوضعه ليسرى على المصريين . ويدعم هذا الفريق رأيه بمقولة ان اصطلاح «قانون المصريين Nomos Ton Aegyption » الذى تتضمنه الوثائق الرومانية منذ أوائل القرن الثانى الميلادى (٢) ينصرف إلى التقنين الذى أجراه الرومان ليسرى على سكان الريف من المصريين والاغريق .

ويعنى التسليم بهذا الافتراض أن استمرار سكان الريف من المصريين والاغريق فى اتباع القواعد الخاصة بهم كفله اجراء رسمى قام به المشرع الرومانى . ولكن لا تدعم المصادر التى تحت أيدينا مثل هذا الاستنتاج (٣) . ويبدو بالأحرى أن تعبير «قانون المصريين Ton Aegyption Nomos » ، وكما يعتقد «وولف» (٤) ، مرادف لتعبير «قانون الريف Nomos tes Koras» ،

---

(١) أنظر : Tacite : Ann. 12, 60

(٢) أنظر :

P. oxy. 706; Tebt. 488; CPR, 18, P. oxy. 237.

ويحتمل أيضاً . P. oxy. 1558.

(٣) تاوبنشلاج ، المرجع السالف الذكر ، ص ٦ — ٧ .

(٤) أنظر :

"Wolff H. J.", ZSS, 70, 1953.

وهو التعبير الذى كان ينصرف فى العصر البطلمى وفى بداية العصر الرومانى إلى نصوص القانون المصرى . وحتى إذا سلمنا بأن هذين التعبيرين لاينصرفان إلى نفس النظم، فان ذلك لايناقض هذا التفسير ، مادامت المصادر المتعلقة بكل منهما تضعنا ازاء معلومات مبتورة وغير كاملة (١) .

وعلى كل حال فان من الملائم أن نلاحظ أن اصطلاح «قانون المصريين» أصبح ينصرف ، على مايبدو ، إلى القوانين المصرية والقوانين اليونانية. والاشارة إلى إصطلاح « قانون المصريين Nomos Ton Aegyption » خلال الاجراءات التى تضمنتها قضية لامرأة تدعى ديونيسيا Dionysia (٢) لها معنى فى هذا المجال . وهى تدور حول حق الأب اليونانى فى تطليق ابنته من زوجها بدون رضاها ، اعتماداً على فكرة السلطة بمدلولها اليونانى « Kyrieia » والتى تمنح رب الأسرة مكنات أكثر اتساعاً ازاء الأولاد، من السلطة الأبوية الرومانية Patria potestas . فالاشارة الواردة فى مستندات القضية إلى «قانون المصريين» تفسر على النحو السالف ذكره . فلا يوجد أمام الوالى وهو يفصل فى القضية ، وفى مواجهة القاعدة الرومانية التى تتكلم عن السلطة الأبوية ، سوى قاعدة محلية تنعت للتبسيط بأنها «مصرية» ، رغم أنها ترجع إلى أصل إغريقى .

وكما أننا نرفض الفرض القائل بوجود تقنين للقوانين المصرية ، فان موقفنا لا يتغير بالنسبة للرأى الذى يذهب إلى أن الرومان قاموا بعمل تقنين لقوانين المدن اليونانية . ففى تقدير تاوبنشلاج Taubenschlag (٣) أن تعبير « Astikos nomos » الوارد فى البردية الخاصة بقضية

(١) أنظر : Wolff (H.J.) ZSS, 73, 1950, P. 4, n. 10

(٢) أنظر : P. OXY. 237; P. OXY . 706.

(٣) تاوبنشلاج ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٧ – ١٩ .

ديونيسيا (١) يشير كذلك إلى تقنين أجرى فى العصر الرومانى ليطبق على «مواطنى المدن Poleis » و«أعضاء الجاليات اليونانية Politeumata »، ويواجه هذا التقنين اليونانى « Astikos nomos » لذى يسرى على مواطنى المدن اليونانية فى مصر ،التقنين المصرى Nomos Ton Aegyption الذى يخص سكان الريف .

ويفسر على العكس « ميتيز L.Mitteis » ، اصطلاح Astikos nomos ، بأنه ينصرف إلى « القانون الاسكندرى » فهو المعادل للتعبير البطلمى Politikos nomos (٢) .

والحق أن كلا من التفسيرين غير مقنع . فبخصوص النظر إلى تعبير « Astikos nomos » كإشارة إلى تقنين اتبعه مواطنو المدن اليونانية ، فان هذا التفسير يبدو خيالياً . فالفكرة مستوحاة من نص وحيد ويحيطه الغموض ، وهى تنسب إلى الرومان القيام بعمل لا يحتمل أنه قد تحقق ولا حتى اتجهت النية اليه . ونقول نفس الشيء للرد على « ميتيز Mitteis»، إذ لا يوجد فى البردية التى تتعلق بقضية ديونيسيا ما يدل على أن أحداً من الأشخاص الذين اشتركوا فى النزاع التجأ إلى القانون الاسكندرى .

وعليه فاننا نؤثر أن نسير وراء « وولف H.J. Wolff » (٣) فى قوله أن تعبير « Astikos nomos » يشير ببساطة إلى «القانون المدنى الرومانى ius civile » . ففى حالة عدم وجود قاعدة محلية تتضمن حلا للنزاع المعروض على والى مصر ، فانه يلجأ إلى القانون الرومانى ، وهو يطبق على هذا النحو المبدأ الذى أعلنه الفقيه الرومانى جوليانوس من أن الالتجاء

---

(١) أنظر :

P. OXY. 706.

(٢) راجع :

P. Hal. 1.

(٣) أنظر :

RIDA, 7, 1960, p. 223, No 80.

إلى القانون الرومانى يفرض نفسه فى حالة عدم وجود نص فى القوانين المحلية للولايات (١) . وفى هذه الحالة فان الأمر مثار البحث كان إذن يتعلق بحقوق السيد على المعتق ، والتى كانت القوانين المصرية "Nomoi ton Aigyption" يعتريها الصمت ازاءها .

٣ — منشورات الولاة :

آخر الفروض المتعلقة بالأسس التى يرتكز عليها استمرار العمل بالقوانين المحلية فى مصر يتعلق بمضمون وطبيعة منشور الوالى "Edictum provinciale" . ويسلم المشتغلون بالدراسات الرومانية انه منذ العصر الجمهورى كان من حق ولاة الاقاليم اصدار منشور ، على غرار المنشور الذى كان يصدره البريتور المدنى فى روما ، ويلتزم سكان الولايات بما جاء فيه من قواعد . وهذا المنشور القضائى المتعلق بالولاية يتميز عن المنشورات الخاصة الأخرى التى كانت تصدر فى مناسبات مختلفة لتنظيم مسائل تستلزم تدخل الوالى خلال مباشرته لسلطاته ، ولاسيما فى المجالات الادارية والمالية (٢) .

ووفقاً لنظرية «Buckland»(٣) ، كان منشور الوالى وسيلة لامتداد منشور البريتور لكى يستفيد الرومان المقيمون فى الولايات مما جاء فى هذا المنشور من قواعد . فكانت وظيفة منشور الوالى الرئيسية انه يمكن هؤلاء الرومان من الإلتجاء إلى الحماية القضائية التى يوفرها لهم البريتور (الحاكم القضائى) فى نطاق دعاوى البرنامج . وهذه النظرية مقبولة من العديد من شراح القانون الرومانى ، ولكنها تثير بالنسبة للولايات الامبراطورية ، وبالنسبة لمصر على وجه الخصوص ، مشكلة خطيرة ، إذ أن نظام دعاوى

---

(١) الموسوعة ١ ، ٢ ، ٣٢ :

Tunc, ius quo urbs Roma utitur, servari opportet,

(٢) أنظر :

Lenel : Ed. Perp. 3, P. 45.

(٣) راجع :

Buckland : L'edictum provinciale, in R.H.D., P. 87.

البرنامج لم يطبق أبداً فى مصر . وتصبح بالتالى الوظيفة الرئيسية لمنشور الوالى التى أفصح عنها Buckland غير ذات موضوع .

ومن الثابت على كل حال أن هناك قواعد وردت فى المنشور البريتورى، ونستبين من المصادر البردية أن والى مصر وعد بتطبيقها . ومن أمثلة ذلك الفتوى الكتابية الصادرة من الامبراطور هادريان إلى والى مصر «Ramius Martialis» والتى تمنح أبناء الجنود المولودين أثناء الخدمة حق الارث البريتورى «Bonorum possessio» إذا مات آباؤهم دون أن يتركوا وصية (١) . وهناك مجموعة من الالتماسات من القرن الثالث يطلب فيها أصحابها بمنحهم حق الارث البريتورى باعتبارهم ورثة حسبما جاء فى منشور البريتور(٢) . وهناك أمثلة أخرى لتطبيق قواعد منشور البريتور(٣). ومن ثم فانه من المؤكد تقريباً أن الوالى كان يكفل تطبيق نظم تضمنها منشور البريتور ، فى مصر .

وعلى العكس فانه تبدو بدون أساس النظريات التى تقوم على الاستناد إلى منشور الوالى المصرى لاضفاء حماية قضائية على القواعد المحلية . وليس هناك ما يمنع من افتراض أن الولاة قد نظموا ، عن طريق منشوراتهم ، مسائل تتعلق بمهمة مجلسهم القضائى «Conventus» أو فوضوا سلطتهم القضائية إلى قضاة معينين من قبلهم . ولكن الاحتمال ضعيف للغاية فى أن الولاة المتعاقبين كانوا يصدرون بانتظام منشوراً (٤) يوضحون فيه حدود

(١) أنظر مجموعة البرديات
B. G. U. 140 = M. chr. 373.
(٢) راجع مجموعة البرديات 9298, S.B. 1010. أو كذلك
P. Oxy. 1201; PSI 1101 :
(٣) أنظر :
Wilcken : Aroh. F. pap. 3, 1906, P. 570 sq.
(٤) أنظر : تاوبنشلاج ، المرجع المشار اليه ، ص ٣٣ – ٣٤ .

السماح بتطبيق القواعد المحلية ، وبالتالى كانت السلطات القضائية الرومانية تضفى عليها على هذا الأساس الحماية القضائية الضرورية .

٤ - استمرار وجود القوانين المحليه فى القرنين الاول والثانى للامبراطوريه قائم على أساس اعتبارها أعرافا محليه :

والحق أن استمرار العمل بالقوانين المحلية يعتبر من المسلمات التى لا يمكن انكارها على ضوء الوثائق البردية التى تنتمى إلى العصر الرومانى ولا ينطوى هذا الاستمرار ، وهو على أساس الواقع « de Facto »، على رغبة الغزاة الرومان فى الابقاء على «نظام قانونى» وتدعيمه باعتباره يضم قواعد قانونية . فلم يوجد أى اعتراف رسمى لهذه التقاليد القانونية المحلية التى اتبعتها العناصر المختلفة من سكان مصر لا عن طريق القانون الأساسى الذى أصدره أغسطس ، أو اجراء التقنينات من قبل الاباطرة اللاحقين ، أو منشور والى مصر . وإذا كانت قد ظلت موجودة بعد الغزو فباعتبارها أعرافاً محلية . وبتعبير آخر فانه بالنسبة للرومان ، لم يكن يوجد فى مصر سوى مجموعة من الاعراف يطبقها السكان .

والأمر لا يتعلق بمجموعة من الاعراف المتجانسة ، والقابلة لأن يحاج بها جملة فى مواجهة القانون الرسمى للامبراطورية . فهى لا تضم قواعد ترجع إلى أصل واحد ولا يعبر عنها فى شكل واحد . ومن ثم ينبغى تبيان الحالات التى استمر فيها العمل بالتشريعات البطلمية ، ومظاهر بقاء القوانين اليونانية والمصرية فى الريف ، ونشير فى النهاية إلى قوانين المدن المستقلة .

وهناك ملاحظات تفرض نفسها بالنسبة لكل من هذه المجموعات الثلاث.

الحالات التى استمر فيها العمل بالتشريعات البطلميه والقوانين المصريه واليونانيه وقوانين المدن :

سبق القول أن هناك عدداً من **البروستجماتا** البطلمية ظلت على قيد الحياة بعد الغزو الرومانى . وهى تتعلق بأحكام خاصة بطرق تنفيذ عقود

الايجار ، وحماية المزارعين من مقاضاة الدائنين لهم خلال الموسم الزراعى ، ونظام استبدال أراضى الاقطاعيات ، والتكاليف المرتبطة باجارة الأراضى الملكية ، وامتيازات الكهنة فى مجال الضرائب ، ووضع الارقاء المولودين فى منزل السيد ، وهبة العقار ، واختصاص مجلس الشيوخ البطلمى (البوليه boulé) ، ومصادرة أموال المخالفين «لمنشورات الاباطرة والولاة» ، وطرق تنفيذ الديون الخاصة (١) .

كما استمر التمسك بأحكام بعض **الدياجراماتا** فى ظل الامبراطورية الرومانية ، والمثال النموذجي لذلك تضمنته احدى البرديات (٢) . فمن خلال سرد الاعباء المفروضة على مستأجرى الحدائق ، ذكرت الدياجراماتا بجانب البروستجماتا و«الاعراف القديمة» . وهناك عدد من الدياجراماتا ظلت موجودة على ما يبدو بالنسبة للرهن ، والوديعة ، والعربون . وكذلك فان الشروط المتعلقة بسعر الفائدة فى عقد القرض تعكس فى العصر الرومانى تنظيما وضع عن طريق دياجراما صادرة من بطليموس الثانى فيلاديلفوس . ولا شك ان اجراء بحث أكثر عمقاً فى هذا المجال يمكن أن يؤدى إلى اكتشاف أمثلة أخرى من هذا الاستمرار .

ففى جميع هذه الحالات ، التى لا تثير أى خلاف ، نجد أنفسنا ازاء استمرار لقواعد تضمنتها تشريعات البطالمة . وإذا أخذ أحد الدساتير الامبراطورية أو منشورات الولاة بحل تضمنه تشريع بطلمى ، فانه يصبح بمثابة قانون رومانى ، ويدخل فى نطاق القانون الرسمى المطبق فى الولاية . بيد أنه إذا تركنا هذا المثال جانباً ، فانه فى أغلب الحالات لا يعدو الأمر أن يكون مجرد استمرار من حيث الواقع لمجموعة من القواعد التى لم تعد تعتبر صادرة مباشرة من السلطة التشريعية الحالية . وسيكون من الخطأ

---

(١) أنظر

C. Ord. Ptol., All. 114 — 123.

(٢) أنظر

B.G.U. 118.

اعتبار كل مظاهر الاستمرار هذه بمثابة «قوانين» مؤسسة فى هذا العصر على ارادة المشرع الامبراطورى باعتباره وريث البطالمة (١) .

ومن ثم فان الدياجراماتا والبروستجماتا التى كانت فى الأصل تعبر عن سلطان المشرع البطلمى ، لم تعد كذلك فى مصر الرومانية . وإذا كانت قد استمرت فى البقاء فباعتبارها اعرافاً محلية . وتبيحها روما على هذا الأساس ، شأنها فى ذلك شأن النظم الأجنبية فى الولايات التى لا يكون المشرع الرومانى مصدرها . وهى لا تعترف لها بصفة القواعد القانونية الصادرة من المشرع الا فى الحدود التى يتضمنها القانون الرومانى المطبق فى الولاية . كما يمكن لروما أن تسلبها هذه القدرة على الاستمرار ، ومثال ذلك ما تضمنه منشور هادريان من الغاء لحكم وارد فى بروستجما للتخفيف من شروط اجارة بعض الأراضى الملكية (٢) .

ويقال نفس الشىء بالنسبة للقوانين «Nomoi» المصرية واليونانية التى استمرت مطبقة فى الريف . ولقد سبق أن رأينا أن افتراض اجراء تقنين من قبل الرومان لا يبرر هذا الاستمرار . وكذلك فان عدم وجود رابطة بين سكان الريف مماثلة لتلك التى توجد ما بين المدينة ومواطنيها والتى يتطلبها القانون الرومانى ، يؤدى إلى عدم امكانية الاعتراف لعادات الريف بصفة القانون المدنى «ius civile» الأجنبى . ولقد استمر الموثقون فى استخدام نماذج الصيغ التى تضمنتها القواعد المحلية اليونانية والمصرية وحافظوا عليها ، وساعد ذلك على استمرار اتباع الأفراد للقوانين المحلية وارتباطهم بها . وإذا كانت نماذج الصيغ الديموطيقية قد اختفت منذ أواسط القرن الثانى الميلادى ، فان القانون المصرى باق على قيد الحياة ، وإن كان فى حالة غير ظاهرة ، فيما بين الفلاحين المصريين ، إلى أن قدر له

(١) أنظر على سبيل المثال :

Schaennbuer : J.J. P. 4 — 10, 1956, P. 26.

(٢) أنظر

C. Ord. Ptol. All. 117.

الظهور من جديد فى مصادر العصر البيزنطى . وتكشف وصية ابراهيم ، أسقف الأقباط فى هيرمونتيس ، عن هذا البعث (١) .

ويثير استمرار وجود قوانين المدن اليونانية مشكلة أكثر دقة .ذلك أن المدن Poleis فى مصر هى وحدها التى يمكن أن تقدم الاطار المماثل للاطار الرومانى الذى يؤسس وجود القانون المدنى "Ius civile" على العلاقة ما بين المواطنين والمدينة . ومن ثم فانه لا يثور بالنسبة لقوانين المدن مسألة المواجهة لا يثور بالنسبة لقوانين المدن مسألة المواجهة ما بين القانون الرومانى والاعراف المحلية . فقوانين كل من المدن الأربع فى مصر يشكل نظاماً قانونياً محلياً بمعنى الكلمة .

والحق أن فكرة النظام القانونى المستقل لا تطابق الفكرة التى لدينا عن قوانين المدن اليونانية فى مصر فى ظل الامبراطورية الرومانية . فبعض هذه القوانين تضم قواعد سابقة على الاحتلال الرومانى . ويشهد على هذا الاستمرار ما أعلنه الاسكندريون للامبراطور هادريان أو الامبراطور تراجان من أن قوانينهم تطابق قوانين الأثينيين (٢) ، وما أكده سكان مدينة انتينوبوليس من أنهم اقتبسوا قوانينهم من نقراطيس (٣) . وعلى العكس فانه لا يوجد أى مصدر يدل على ممارسة المدن فى مصر لنشاط تشريعى مستقل فى ظل الاحتلال الرومانى .

فالقواعد الجديدة التى صدرت لكى تسرى على مواطنى المدن اليونانية كانت من عمل الاباطرة وولاة مصر . ولنذكر كأمثلة ما ورد فى بردية « Gnomon » (وهى تحوى كما سبق أن أشرنا ، مختصراً للقواعد

---

(١) أنظر :

P. Lond. 1.77, P. 231 = M. Chr. 319.

(٢) أنظر :

P. Oxy. 2177, 12 — 15.

(٣) أنظر :

W. Chr. 27.

المالية التى يطبقها مراقب الحساب الخاص (idios logos) من أحكام بخصوص مواريث الاسكندريين والامتيازات التى منحت لسكان انتينوبوليس فى مجال الضريبة والأسرة (١) . وهذه القواعد ، فى حدود ما تهم الحياة القانونية للمدن اليونانية فى مصر ، تتعلق من حيث مصدرها بالقانون الرومانى المطبق فى الولاية وليس بقانون المدينة .

فهيكل قانون المدينة اليونانية فى مصر اذن مركب ؛ كما هو حال بقية الشرق الهلينستى (٢) : وحول نواته ، وهى حصيلة قواعد صدرت فى العصر البطلمى ، يتكون قانون جديد من ابتداع المشرع الرومانى . ويصعب اعتبار هذا التركيب نظاماً قانونياً محلياً . ولا شك أن قوانين المدن اليونانية عند عدم وجود هيئات تشريعية وقضائية مستقلة فى هذه المدن ، يكون استمرار العمل بها هو نتيجة سماح السلطات الرومانية بذلك وليس بمقتضى تمتعها بامتياز العمل بقوانينها «Suis legibus uti» . ومن ناحية أخرى فلقد سبق أن لاحظنا ضعف الدليل المستنبط من احدى البرديات (٣) على أن الرومان قاموا باجراء «تقنين» لقوانين المدن . وهكذا فان وجود قوانين المدن لم يكن بدوره سوى استمرار عرفى لمجموعة من التشريعات القديمة .

ويقود بالتالى بحثنا المتعلق بالأساس الذى يرتكز عليه استمرار القوانين المحلية فى مصر الرومانية فى القرنين الأول والثانى للامبراطورية إلى الاعتراف بوجود ثلاث مجموعات رئيسية من القواعد القانونية ، ظلت على قيد

---

(١) أنظر :

Taubenschlag «R.», Op. min. 2, 1959, P. 46 — 51; Cadell «H.» : Chr. d'Eg. 40, 1965, P 357 — 363.

(٢) أنظر

D. Norr, Imperium U. Polis, 1966, P. 22.

(٣) أنظر :

P. Oxy. 706.

الحياة باعتبارها اعرافاً محلية : شطر التشريعات الملكية البطلمية ، بعض التقاليد التى احتفظ بها سكان الريف ، وبعض القواعد الواردة فى قوانين المدن اليونانية . وسنحاول الآن أن نجرى مواجهة بينها وبين القانون الرومانى المطبق فى مصر كما يظهر فى مجال القضاء ومن خلال وثائق الحياة العملية .

القانون الرومانى المطبق فى مصر والقضاء الرومانى : يدخل قانون الغزاة مصر فى أعقاب الغزو . وهو يتضمن قواعد وردت فى تشريعات تنتمى إلى عصر الجمهورية ، وتوصيات لمجلس الشيوخ ، ودساتير إمبراطورية ، وكتابات الفقهاء ، حيث امتد نطاق تطبيقها إلى الولايات . وهى تمثل مصادر القانون الرومانى المطبق فى الامبراطورية (قانون الامبراطورية Reichsrecht) ، والذى كان مداه شاملا . ومن ناحية أخرى هناك قواعد قانونية وضعت خصيصاً للولاية المصرية لكى تسرى عليها وحدها ، ويضمها ما يعرف باسم القانون الرومانى الخاص بالولاية ، وهو متميز عن قانون الامبراطورية « Reichsrecht » والقوانين المحلية «Volksrechte» .

وتضمنت البرديات العديد من الأمثلة لقانون الامبراطورية ، منها التشريع الخاص بالزواج الذى أصدره الامبراطور أغسطس والذى تشهد بردية «Gnomon» (١) بامتداد تطبيقه إلى مصر . وكذلك الوثائق التى عثر عليها فى مصر وتشير إلى التمسك بنظام امتياز الأولاد « Ius Liberorum »(٢). كما أن منشور الوالى تيبريوس يوليوس الاسكندر يذكر دستوراً «لاغسطس المؤله» ، يبدو منه أنه مد إلى مصر أحكام قانون جوليا الخاص بتخلى المدين المعسر عن كل أمواله لتفادى التنفيذ على بدنه lex julia de cessione bonorum. ويبدو أن إحدى توصيات مجلس الشيوخ كان لها نفس الأثر من حيث

---

(١) أنظر :

Besnier «R.», R. I.D.A., 2, 1948, P. 93 — 118.

(٢) أنظر :

Sijpesteijn, Aegyptus, 45, 1965, P. 171 — 189.

تطبيق بعض التشريعات الرومانية فى مصر مثل قانون جوليا « Jolia » وتتيا « Titia » بشأن منح الوالى فى الولاية حق تعيين وصى للصغير أو للمرأة إذا لم يكن لاحدهما وصى مختار أو وصى شرعى «datio tutelae» (١) . وذكرت بردية «Gnomon» توصيات مجلس الشيوخ فى مقدمتها . كما أشارت بعض بنود هذه البردية إلى ما تضمنته توصيات مجلس الشيوخ المسماة S. C. Lagianum, S. C. Calvisien, S. C. Pernicien, من أحكام (بنود ٢٢ ، ٢٤ ، ٢٦) . وفى القرن الثانى الميلادى فان أحكام المواريث التى تضمنتها توصية مجلس الشيوخ المسماة S.C. Orfitien والتى تقرر أن ارث الولد من أمه ، تطبق فى مصر (٢) .

وفى نفس هذه الفترة فاننا نجد صدى لكتابات الفقهاء الرومان فى البرديات أيضاً .

وبجانب هذه الأمثلة لقانون الامبراطورية «Reichsrecht» فان الوثائق البردية تبرز لنا بصفة خاصة قانوناً رومانياً خاصاً بمصر ، وصادراً من أجل تطبيقه فيها وحدها . ومصدراه الرئيسيان هما : الدساتير الامبراطورية (٣) ومنشورات ولاة مصر (٤) . وهى فى غالبيتها تهم القانون العام . فهى تتضمن قواعد تتعلق بتدابير لها طابع ادارى وضريبى ، وترمى إلى تنظيم الولاية طبقاً لمصالح الامبراطورية ، مع الأخذ فى عين الاعتبار ببعض الخصائص اللصيقة بالظروف الجغرافية لمصر وتقاليدها المحلية . وبدون الوقوف طويلا عند هذه التدابير إذ لا تهم بطريقة مباشرة الموضوع الذى ندرسه الآن ،

---

(١) راجع :
Taubenschlag «R.» : Law, Op. Cit. P. 32 N. 21.

(٢) أنظر :
Volterra «E.» : Actes Milan, 1966, P. 551 — 558

(٣) أنظر :
Taubenschlag «R.» : Op. Min. ,2, P. 3 — 28.

(٤) أنظر :
Bureth «P.» : R.H.D., 1968 P. 248 — 254.

فاننا نضرب لها بعض الأمثلة السريعة ومن ذلك وضع الامبراطور أغسطس القواعد المالية Gnomon التى يطبقها الاديوس لوجوس ، وتنظيمه للقضاء وتوحيده فى يد الوالى مع منحه بعض الموظفين بعض السلطات القضائية فى دائرة أعمالهم على التفصيل السالف الذكر . وكذلك دستور الامبراطور سبتيموس سيفيروس الخاص بانشاء نظام المجالس البلدية فى المدن . ولكن ما يهمنا فى هذا المجال هو مدى تدخل المشرع الرومانى فى مصر فى مجال القانون الخاص .

وفى حدود الامكانيات المتاحة لنا ، وفقاً للمصادر البردية ، فانه إذا درسنا القانون الرومانى المتعلق بولاية مصر ، نلاحظ سياسة تشريعية لها اتجاهان . فهى من ناحية ترمى إلى ادخال بعض القواعد المطابقة تماماً لتلك التى يتضمنها القانون الرومانى لكى تسرى فى مصر ، أى أن المشرع الرومانى يعمل على إضفاء صبغة رومانية على بعض جوانب الحياة القانونية فى مصر . فالدساتير الامبراطورية التى تعفى المقابر باعتبارها اشياء دينية من اجراءات التنفيذ الضريبى (١) ، وتلك التى تؤكد امتيازات المحاربين القدامى (٢) ، أو التى تقرر اعادة الحال إلى ما كانت عليه لمصلحة القصر «in integrum restituti» (٣) ، تكشف عن قانون رومانى خاص بولاية مصر وله صبغة رومانية كاملة .

وعلى العكس فاننا نلاحظ من ناحية أخرى أن القانون الرومانى الخاص بولاية مصر ، يتضمن بعض القواعد التى تؤكد عدداً من الأحكام المحلية . فهى تتقرر فى نصوص رسمية ،وترتفع هذه الاعراف المحلية بالتالى إلى مستوى

---

(١) بردية B. G. U. 1085.

(٢) أنظر : W. Chr. 387, 462, 463; P. Fouad 21.

(٣) بردية P. Oxy. 1120.

النظم الرسمية . وقد أجريت دراسة فى عام ١٩٦٤ على بعض هذه النظم (١) ، وركزت على أمثلة تتعلق بقضاء الوالى ، وشهر العقارات ، والتقادم الطويل الأجل ، ووضع الطفل المولود من زواج مختلط بين مصرى وإمرأة من مدينة انتينوبوليس . وفى كل هذه الموضوعات ، فان للقواعد المحلية نصيب كبير (٢) . وإذا عمقنا هذا البحث فى مجالات أخرى ، سنلاحظ بدون شك أنالسمة المحلية هى الغالبة على كثير من القواعد . فهناك ، فى مجال القانون الجنائىمثلا ، نص لاولبيانوس (٣) يعالج الاضرار التى تصيب الأشجار والسدود وهو يعكس ، تنظيما رومانياً طبق فى مصروالصبغة المصرية واضحة فيه تماماً (٤) .

وهكذا فان بعض القواعد المحلية تستفيد من الحماية القانونية التى يضفيها عليها الأباطرة والولاة ، وهى تتطلب كذلك أن يخلع عليها الحماية القضائية من قبل السلطات القضائية الرومانية الموجودة فى البلاد ، وتخرج بالتالى من هذه المعركة منتصرة . وإذا كانت الأحكام القضائية لولاة مصر أو من يفوض من الموظفين للفصل فى المنازعات ، تتعارض أحياناً مع بعض القواعد المحلية الا أن هذه القواعد تحترم من قبل القضاء فى الغالبية العظمى من الحالات المعروفة لنا بواسطة الوثائق البردية .

ولقد أجرى تاوبنشلاج بحثاً (٥) فى عام ١٩٥١ ، وأكد فيه هذه

---

(١) راجع :
Kupiszewski «H.» : Festschrift Oertel, 1964, P. 68 — 80.

(٢) أنظر :
Wolff (H.J.» : Z.S.S. 82, 1965 P. 370.

(٣) الموسوعة : ٤٧ ، ١١ ، ١٠

(٤) وهذا هو ما بينه D. Bonneau فى محاضرة ألقاها فى معهد القانون الرومانى فى باريس فى يناير ١٩٦٨ .

(٥) أنظر :
Taubenschlag «R.» : Op. Min. 1, pp. 477 — 504.

الملاحظة بخصوص عدد من الأمثلة الملموسة ، التى تتعلق بأحكام قضائية فى مجال نظام الأحوال الشخصية للسكان المحليين ، وقانون الأسرة ، والمواريث ، والالتزامات والأموال ، وما تضمنه قانون المرافعات من أوضاع . ففى كل هذه الحالات ، يتخذ القضاء موقفاً مطابقاً للقواعد المحلية . ويؤكد هذه الملاحظات أيضاً البحث الذى أجراه « M. Humbert » عن «قضاء والى مصر» (١) . فالوالى يطبق تارة قاعدة رومانية فى النزاع المعروض عليه ، ويتبنى تارة أخرى قاعدة من قواعد القانون المحلى . فهو يمثل أداة لامتداد القانون الرومانى على سكان الولايات ، وفى نفس الوقت يعتبر حامياً للقواعد المحلية . كما أن أبحاث D. Bonneau عن نهر النيل تشير إلى أن القاضى الرومانى يستلهم نفس المبدأ فى أحكامه(١) .

نخلص من كل ما تقدم أنه بالنسبة للولايات ، اقتصر تطبيق القانون الرومانى من حيث المبدأ على الرومان الموجودين فيها . ومع ذلك أدخل على القانون الرومانى قواعد جديدة ونص على سريانها على سائر انحاء الامبراطورية . كما تقررت قواعد رومانية أخرى لتطبيقها على سكان الولايات فقط . ونضيف إلى هذا ، أن القانون الرومانى كان يستخدم كمصدر احتياطى يستعان به فى حالة عدم وجود قاعدة محددة فى القانون المحلى . وكذلك فإنه من الناحية الواقعية ، عندما كان حكام الولايات والموظفون التابعون لهم يزاولون نشاطهم القضائى ، كانوا يتأثرون ، فى كل إجراءات الدعوى ، بما ترشدهم به عقليتهم القانونية المكونة طبقاً لقانونهم الرومانى . ويمكن إذن تصور النتائج التى كانت تترتب على ذلك .

ويبين كذلك أن موقف المشرع والقضاء شجع على استمرار العمل

---

(١) أنظر :

Humbert «M.» : La juridiction du préfet d'Egypte, Aspects de l'Empire romain, Paris, 1964, P. 95 — 147.

(٢) أنظر :

D. Bonneau : Le préfet d'Egypte et le Nil, Mélanges J. Maqueron.

بالقوانين المحلية خلال القرنين الأولين للامبراطورية . وكان لهذا أثره على العلاقات التي تنشأ في واقع الحياة ما بين القانون الروماني والتقاليد القانونية اليونانية والمصرية ، وحدث تأثير متبادل .

صبغ الحياة القانونية بالصبغة الرومانية : تسرب القانون الروماني إلى واقع الحياة المصرية ، مع الزيادة المستمرة في عدد المواطنين الرومان . ويعرف عن رومان مصر أنهم لم يتبعوا في تصرفاتهم القانونية القانون الروماني البحت أي القانون الروماني المطبق في روما في العصر العلمي . إذ أن البيئة الهلينستية التي عاشوا فيها أدت إلى أن يبتعدوا لحد ما في حياتهم العملية عن هذا القانون . وفي هذا يكمن سبب الشذوذ الذي تتسم به تصرفات الاغريق الذين اكتسبوا الرعوية الرومانية حديثاً . فلقد حاولوا العيش وفقاً للقانون الروماني مع بقائهم سجناء عاداتهم المحلية القديمة . ويمكن كذلك أن يفسر «انحراف» رومان مصر بالقانون الروماني عن وضعه الأصيل ، على أساس الانفصال الذي حدث في انحاء الامبراطورية ، ما بين القانون الذي طبق في واقع الحياة والمبادىء الرومانية البحتة التي كونها كبار الفقهاء الرومان . فلقد أضفيت بعض مظاهر الأغرقة على القانون الروماني ووجد ما يعرف باسم القانون العامي .

ولا شك أيضاً أن القوانين المحلية تأثرت ببعض القواعد والأفكار الرومانية نتيجة احتكاكها بهذه الممارسة العملية . وهذا التأثير الذي يطلق عليه الفقه التقليدي اسماً غير دقيق وهو « انتشار القانون الروماني » اجتذب انتباه العلماء منذ فترة طويلة . وتكمن نقط الخلاف في وقت انتشار القانون الروماني في مصر ، ومداه .

ففي رأي ميتيز «Mitteis» ، استمرت القوانين المحلية دون مساس تقريباً أثناء القرنين الأولين للامبراطورية . فلم يسبق صدور دستور كراكلا في عام ٢١٢ ، اضفاء صبغة رومانية كافية على القواعد المحلية . ولذلك تعرضت الحياة القانونية للسكان المحليين لصدمة عنيفة عند ادخال قانون

جديد وبدرجة كبيرة فى أعقاب هذا الدستور . ومن ثم فان كراكلا تسبب فى ايجاد مواجهة دراماتيكية ما بين قانون الامبراطورية «Reichsrecht» والقوانين المحلية « Volksrecht » (١) .

وفى مواجهة هذه النظرة المتشائمة ، وجد رأى آخر يقول بأن الحياة القانونية المحلية اصطبغت بالصبغة الرومانية ، وقبل سكان الولاية طواعية قواعد القانون الرومانى منذ بداية الاحتلال الرومانى . وبهذه الروح أصر دى فيشر «F. De Visscher» على انزواء العادات المحلية أمام التفوق الفنى للقانون الرومانى ونتيجة لتأثير القضاء الرومانى (٢) . وهكذا مهد اصطباغ الحياة القانونية طواعية بالصبغة الرومانية السبيل لتعميم الرعوية الرومانية . فدستور كراكلا يمثل المنتهى الرسمى لوضع تحقق من قبل وليس نقطة بداية لوضع جديد . وتنحصر أهميته الحقيقية فى تقرير أن الحياة العملية قد اصطبغت بصبغة رومانية بدرجة كافية ، وان كانت متنوعة للغاية بحسب كل ولاية ، لتبرير اكتساب سكان الولايات للرعوية الرومانية (٣) .

ويبدو أن الحقيقة ، كما هى العادة ، تحتل المكان الوسط بين هذين الرأيين المتطرفين . فما لاشك فيه أن الحكم القاسى الذى قال به «Mitteis» عن «وحشية» دستور كراكلا يدعو إلى ابداء بعض التحفظات عليه . بيد أنه لا ينبغى كذلك قبول مبالغة الرأى الثانى القائل بأن سكان الولايات قد قبلوا سريعاً وبطريقة اختيارية مبادىء القانون الرومانى . ونجد من الضرورى أن تجرى فى هذا المجال تفرقة دقيقة ما بين الولايات الغربية والولايات الشرقية (٤) .

---

(١) أنظر :
Mitteis, R.U.V., P. 159 sq.

(٢) أنظر :
F. De Visscher, Nov. études, 1949 P. 106.

(٣) أنظر :
F. De Visscher, Rec. Soc. J. Bodin, 9, 1958. P. 195—208.

(٤) أنظر : Kaser, Rom. Rg. 2, 1967, P. 155 — 159.

ففى الولايات الغربية ، حيث لم تكن توجد تقاليد قانونية قومية قوية ، كان صبغ الحياة القانونية بالصبغة الرومانية سريعاً وعميقاً . فلم يكن عند أهل الجال أو الاسبان كثيراً مما سيفقدونه بانضمامهم التلقائى للمنطقة التى يسود فيها القانون الرومانى . أما بالنسبة للولايات الشرقية ، وهى بلاد لها تقاليد ثقافية وقانونية قديمة ، فان عوامل المقاومة تبدو أكثر قوة من عوامل الانضمام . ويكمن العامل الأول من عوامل المقاومة فى الانقسام اللغوى بين الغرب اللاتينى والشرق اليونانى . فاستخدام القانون الرومانى بسهولة يقتضى الهيمنة على مجموعة كبيرة من المصطلحات القانونية الصعبة «Certa et Solemnnis Verba» ، وذلك عن طريق فقهاء يتسمون بالحذر ، وهو ما لا يتوافر فى القسم الشرقى من الامبراطورية الرومانية ولا سيما مصر .

وهناك عامل آخر ينجم عن طبيعة النظم الرومانية ذاتها . فالاتقان الفنى للحلول التى وضعها فقهاء العصر العلمى فى روما لم يحل دون أن يحتفظ القانون الرومانى بخصائصه الذاتية . ولا يمكن تفسير العديد من نظم القانون الرومانى الا على ضوء تطور تاريخى لا يسهل على سكان الولايات الشرقية فهمه وتقدير النتائج العملية المرتبطة به . ويكفى أن نتذكر تقسيم القانون الرومانى إلى قانون مدنى « ius civile » وقانون ولائى (أوبريتورى ius honorarium) (١) والعمل بهما جنباً إلى جنب ، مما أدى إلى ازدواج الحلول لمسائل حيوية مثل طرق حماية الملكية ونظام المواريث :

---

(١) يبنى هذا التقسيم هنا على أساس مصادر القانون الرومانى . فا لقانون المدنى نقصد به فى هذا المجال مجموعة القواعد القانونية التى تكونت حتى سقوط الجمهورية بطريق العرف ، وتفسير الفقهاء ، والتشريع ، وفى عصر الامبراطورية العليا ، أضيف إلى تلك المصادر : نشاط الامبراطور ومجلس الشيوخ . أما القانون الولائى (البريتورى) ، فهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التى تضمنتها منشورات الحكام الذين كانوا يتمتعون بسلطات قضائية طبقاً للمبادىء الدستورية فى العصر الجمهورى ، وأهم هذه المنشورات ، من حيث تكوين القانون ، منشور البريتور (البريتور المدنى وبريتور الأجانب) ومنشور المحتسب ومنشور الوالى فى الولا يات الرومانية . ويطلق أحيانا على القانون الولائى اسم القانون البريتورى باعتباره أهم صور القانون الولائى .

فكان لا بد أن يثير هذا الازدواج فى نفوس سكان الولايات اضطراباً عميقاً . فالقانونون الرومانى ، وهو القانون الذى يتسم بالسمة العلمية الهائلة ، والدقة البالغة ، والتعقيد المتناهى ، لم يكن من الممكن أن يفرض على سكان الشرق الهلينستى لمجرد تفوقه من الناحية الفنية وما يتمتع به من نفوذ .

ومع ذلك ، لا ينبغى أن نغالى فى تقدير هذه العوامل . إذ من الثابت أيضاً أنه قد شرع فى صبغ الحياة القانونية فى مصر بصبغة رومانية منذ بداية العصر الامبراطورى . ومن المفارقات أنه قد تحقق ذلك بدرجة أسرع وبعمق أكبر فى مجال قانون الأسرةوالمواريث عنه فى مجال العقود والأموال. إذ كان من الأسهل على القاضى الرومانى أن يحترم استقلال ارادة الطرفين التى يعبر عنها من خلال عقد اجنبى أو أن يقرر حماية لنقل الملكية وفقاً لنظام شهر الملكية المتبع فى الولاية ، من أن يحمى النظم العائلية المخالفة لمبادىء القانون الرومانى (١) . وهكذا حدد موقف السلطات فى الولاية مدى دخول الأفكار القانونية الرومانية فى المجالات المختلفة للحياة العملية .

والخلاصة ان هذه الصبغة الرومانية تبدو أقل عمقاً مما يذهب اليه أنصار تفوق القانون الرومانى من الناحية الفنية . فتبتعد فكرة «القانون الهلينستى الرومانى» (٢) ، عن واقع الحياة القانونية لمصر خلال عصر ما قبل كراكلا . إذ لم تتعرض النظم المحلية فى مجموعها ، بعد مرور قرنين على الاحتلال الرومانى لمصر ، لكثير من التغيير الملموس .

وفى عام ٢١٢ يظهر فى الأفق عنصرجديد بصدور دستور كراكلا، وتثار المشكلة الدقيقة المتعلقة باستمرار القوانين المحلية فى امبراطورية لم تعد تعرف التفرقة ما بين الرومان والأجانب .

---

(١) أنظر :

Wolff, Z.S.S. 73, 1956, P. 9 — 12.

(٢) راجع :

Taubenschlag, Law 2, P. 51.

(ثانيا) العلاقة ما بين القوانين المحلية والقانون الرومانى فى مرحلة ما بعد صدور دستور كراكلا .

١ — مضمون دستور كراكلا :

أصدر الامبراطور كراكلا دستوراً «Constitutio Antoniniana» يمنح بمقتضاه الجموع الهائلة من سكان الامبراطورية الاحرار الرعوية الرومانية (١) . وتاريخ صدور هذا الدستور ما زال غير موكد ، رغم شيوع الرأى القائل بأن كراكلا اتخذ هذا الاجراء فى عام ٢١٢ . إذ شكك بعض العلماء حديثاً فى صحة هذا التاريخ (٢) .

ويمثل دستور كراكلا نهاية مرحلة من التطور بدأت منذ فترة طويلة من أجل تعميم الرعوية الرومانية . فهو يضيف نصاً عاماً إلى الوسائل المحدودة المدى لاكتساب هذه الرعوية ، والتى كانت تتكاثر باستمرار منذ العصر الجمهورى .

ولقد دفعت أهمية هذا الدستور الفقهاء والمؤرخين والفلاسفة القدامى إلى الاشارة اليه (٣) . ولكن لم يعرف نأكمله الاعن طريق بردية محفوظة

---

(١) أنظر

Saumagne «Ch.» : Quelques observations sur la «Constitution Antoniniana», Mél. Carcopino, Paris, 1966, 849 — 861; De Francisci «P.» : Ancora intorno alla Costituzione Antononiana, B.I.D.R., 65 «1962», 1 — 18; Gilliam «J.F.» : Dura Rosters and the «Constitutio Antoniniana», Historia, 14 «1965» 74 — 92.

(٢) راجع :

Millar «Fergus» : The date of the constitutio Antoniniana, J.E.A., 48 «1962». 124 — 131; Seston «W.»: Marius Maximus et la date de «Constitutio Antoniniana», Mél. J.Carcopino, 1968, 877—888.

(٣) أنظر على العكس رأيا آخر فى :

Gilliam «J. F.», Historia, 1965, 90 — 92; Dewisscher «F.» : La constitution antonien et la dynastie des Sévéres, R.I.D.A., 8—1961, 232.

فى « Giessen » (بألمانيا) ، ونشرت فى عام ١٩١٠ (١) ، وتضمنت النص اليونانى له (٢) . ولقد محيت كلمات من احدى فقرات هذه البردية لها علاقة بالتحفظ الذى ورد على مبدأ منح الرعوية الرومانية ، مما جعله غير معلوم بصفة قاطعة . وحاول الكثير من الشراح اعادة تشييد هذه الفقرة غير المقروءة ، وأثار ذلك خلافاً كبيراً بينهم ، واختلفوا على مدى التحفظ المذكور . فلقد جاء فى هذه البردية ، بحسب صورتها التى وصلت الينا : «أمنح جميع الأجانب الذين على الأرض الرعوية الرومانية» . وتتبع ذلك فقرة مشوهة للغاية لم تحفظ سوى كلمة «المقيمين» ، وترد بعدها بقليل عبارة «عدا الأجانب المستسلمين» . ومما لا شك فيه أن هذه العبارة كانت تتضمن تقييداً للمبدأ العام الذى ورد فى بداية الدستور . ولكن ما هى طبيعة هذا القيد وأهميته ؟ تتعدد آراء الشراح المحدثين حول هذه النقطة تعدداً كبيراً (٣) . ولن نحاول أن نستعرضها هنا ، وانما نكتفى بالقول أن أغلبية العلماء متفقون على أن الأجانب المستسلمين ظلوا مستبعدين من منحة التمتع بالرعوية الرومانية التى تضمنها دستور كراكلا .

فمن هم هؤلاء الأجانب المستسلمون ؟ يثار هنا أيضاً الكثير من الجدل والشك . وأيا كان المفهوم الذى يرمى اليه هذا الاصطلاح ، فانه من الثابت أن الأفراد الذين استبعدوا من منحه كراكلا كانوا قليلى العدد . ويبدو من غير المحتمل أنه كان من بينهم سكان الريف ، ولا سيما الريف

---

(١) أنظر :
Saint Augustin, Civ. Dei., 5, 17; Dion Cassius, 77,9,4; Hist. Aug., Vita severes 1,2; Ulpicn,D. I.5. 17; Nov. Just. 78, 5.

(٢) أنظر :
P. Giessen 40 col. I. dans F.I. R.A. leges,No 88

(٣) أنظر :
Sasse, Die constituti Antoniniana, Wiesbadcn 1958; Ibid, J.J. P., 14, «1962» 109 — 149; 15 «1965» 329—367; Seston — Euzennat, C.R.A.I. 1961, 317— 324; Modrzjewski, Z.S.S. 81, 1964, 73—76 et R.H.D., 43, 1965, 145 — 146.

المصرى كما يظن البعض (١) ، على أساس أن منحة الجنسية الرومانية اقتصرت على سكان المدن ، وان سكان الريف المصرى لم يدخلوا فى نطاق المدن اليونانية الموجودة من قبل . والحق أن وثائق الحياة العملية اللاحقة لعام ٢١٢ تشير إلى أن سكان الريف كانوا يتمتعون بالرعوية الرومانية .

وفى تقديرنا أن تعبير « الأجانب المستسلمين dediticii » ربما ينصرف إلى الشعوب الثائرة أو الاعداء الذين بعد قمعهم وهزيمتهم خضعوا « deditio » لحكم الرومان ، ولكنه يعنى على وجه الخصوص العتقاء الذين أشار اليهم قانون ايليا سنتيا «Lex Aelia Sentia» ، وهو القانون الذى صدر فى عهد أغسطس فى العام الرابع الميلادى بقصد إبطال العتق الذى يتم بطرق تدليسية أو من سيد صغير السن ، والحيلولة دون أن يكون هؤلاء العتقاء مواطنين رومان ، ولقد ظلت هذه الفئة من العتقاء موجودة حتى عصر جستينيان (٢) .

ومن الجدير بالملاحظة أن دستور كراكلا لا يتعلق الا بالأجانب الذين يوجدون فى عام ٢١٢ فى البلاد الخاضعة لسيادة روما . أما سكان البلاد التى ستخضع لهذه السيادة فيا بعد فلا يمكنهم التمسك بنص كان يجهلهم . فالدستور يعالج الوضع القائم عند صدوره ، لابالنسبة للمستقبل. ولهذا السبب ظل هناك أجانب ، وان كانوا ليسوا كثيرين بطبيعة الحال بعد عام ٢١٢ .

هذا عن الاستثناء الوارد فى آخر الدستور . أما بخصوص المبدأ ذاته ،

---

(١) أنظر :

Arangio-Ruiz «V.» : L'application du droit romain en Egypte, Bull. Institut, français d'Egypte, 29 «1948», 89—90; Segré «A.» : Note sull' editto di Caracalla, Rend. Pont. Acc. Arch., 1940, 192.

(٢) أنظر :

De Martino «Fr.» : Storia, 4, 706 — 707.

فلا توجد أدنى صعوبة من حيث تفسيره ومعرفة مضمونه . فالامبراطور يمنح الرعوية الرومانية إلى «كل الأجانب» الذين يسكنون الامبراطورية الرومانية .

نتائج صدور دستور كراكلا :

قلنا أنه قد ترتب على صدور دستور كراكلا استفادة سكان مصر سواء كانوا مواطنى المدن اليونانية أو أهالى الريف ، والذين كانوا يعتبرون أجانب ، بارتقائهم إلى مرتبة المواطنين الرومان «Cives Romani» . ووجدوا أنفسهم خاضعين للقانون الرومانى ، إذ امتد نطاق تطبيقه رسمياً على سكان الولايات الذين منحوا الجنسية الرومانية ، ومن بينهم المصريون ، وأصبح «قانونهم» . والحق أن المصريين ، كما رأينا من قبل ، استمروا فى اتباع قوانينهم القديمة فى العصر الرومانى ، إذ لم يكن هناك وقت كاف لكى تسود الصبغة الرومانية حياتهم القانونية . ويبرز هنا أيضاً الخلاف الذى لاحظناه بين العلماء فى مرحلة ما قبل صدور دستور كراكلا ، والمتعلق بوضع القوانين المحلية بالنسبة للقانون الرومانى :

فلقد ذهب ميتيز « Mitteis » (١) إلى أن جميع سكان الامبراطورية فرض عليهم القانون الرومانى بعد منحهم الرعوية الرومانية ، ومن ثم كان يتعين عليهم تبنيه ، مما أدى إلى وجود «صراع» مابين القانون الرومانى ، وهو القانون الوحيد الملزم على الصعيد الرسمى لكل مواطنى الامبراطورية ، والقوانين المحلية التى اعتبرت من الناحية الرسمية بمثابة عادات غير مشروعة (٢) .

---

(١) أنظر :

Mitteis «Ludwig» : Reichsrecht und Volksrcch in den ostlichen provinzen des romischen kaiserreichs, Leipzig, 1891.

(٢) ولقد درس ميتيز نتائج هذا التغيير الذى ترتب على دستور كراكلا أزاء تطور القانون الرومانى اللاحق ، وأوضح ، استناداً إلى نصوص وثائق هذا العصر ضآلةمقاومة القوانين المحلية للقانون الرومانى . كما أبرز جهود الأباطرة المتتالين حتى ديوقليدسيان (٢٨٤ – ٣٠٤) ، =

ولقد تبنى علماء مرموقون هذه النظرية ودافعوا عنها بقوة بعد أن عدلوا فيها تعديلا يسيراً لتخفيف من مبالغتها فى ابراز وجود صراع عنيف بين القوانين المحلية الراسخة «Volksrecht» وقانون الامبراطورية «Reichsrecht» الذى كان غير قادر على أن يفرض نفسه . ومن أمثلتهم ، أرانجو-رويز « Arangio-Ruiz » (١) الذى ذهب إلى أنه بعد صدور دستور كراكلا لم يكن يوجد فى مصر من الناحية الرسمية سوى القانون الرومانى ، وهو القانون المعمول به .

أما بخصوص التنازع الذى حدث بين القانون الرومانى وما بقى فى الواقع من الاعراف والقوانين المحلية فانه لم ينشأ بسبب مقاومة عمدية من قبل سكان الولايات وانما كان نتيجة الصعوبات التى نجمت عن اتباع نظام قانونى جديد . ولم يتم حسم هذه المسألة بأسلوب تعنتى ووحشى ، وانما تمت المحاولات من أجل حصرها فى أضيق الحدود . ومن ناحية أخرى تبنى القانون الرومانى بعض هذه القوانين والاعراف المحلية . فمحاولة عزل مصير القانون الرومانى عن الحياة القانونية للولايات لاترتكز على أساس سليم.

بغرض الحفاظ ما أمكن على نقاوة القانون الرومانى . ومع ذلك تم قبول عدد كبير من القواعد ذات الأصل الاغريقى أو الشرقى بواسطة قسطنطين وخلفائه . واعترف بحصيلة ما قدمته القوانين اليونانية والشرقية إلى قانون جستينيان وهو أساس التطور القانونى الحديث . ومن الجديد بالذكر أن هناك العديد من التغييرات الى أدخلت على قواعد القانون الرومانى ، والتى كان الشراح يعتقدون أنها صدى لمقاومة القوانين المحلية سلم أخيراً بأنها ترجع إما إلى التطور الداخلى للقانون الرومانى ذاته وإما إلى التأثير المتبادل ما بين القانون الرومانى والقانون اليونانى ولا سيما قبل منح الرعوية الرومانية إلى سكان الولايات ، وإما إلى الجهود الخصبة التى بذلتها مدارس القانون التى تنتمى إلى عصر الامبراطورية السفلى لإدماج كل التجديدات التى اقتضتها البيئة العالمية ذات الطابع الشرقى المتزايد فى اطار القانون الرومانى المطبق فيها .

(١) أنظر :

Arangio-Ruiz «V.» : op. cit., P. 83.— 130;

Ibid, La SuccessioneTestamentaria secondo I Popirei greco-egizii ,1906,. P. 26, N. 1.

كما أيد وولف Wolff (١) بدوره هذه الأفكار .

بيد أن هناك علماء آخرين مثل شينباور « Schoenbauer » ، هاجموا نظرية ميتيز من أساسها ،وشككوا فى قوله بأن منح الرعوية الرومانية أدى تلقائياً إلى وجوب اتباع سكان الولايات للقانون الرومانى . وفى رأيهم أن استمرار بقاء القوانين المحلية بعد صدور دستور كراكلا يعكس وضعاً طبيعياً للغاية : فالتناقض الظاهرى بين الزامية القانون الرومانى ووجود القوانين المحلية يبرره الانتهاء إلى جماعتين ، الجماعة الرومانية والجماعة المحلية . وبتعبير آخر فانه وفقاً لهذا الرأى ، تضمن دستور كراكلا فكرة ازدواج الجنسية ، الجنسية الرومانية والجنسية الأصلية ، وما يترتب على ذلك من الاحتفاظ بالقانون الأصلى بجانب القانون الرومانى .

ولقد لقيت أفكار شينبور « Schoenbauer » قبولا متزايداً من جانب بعض العلماء ، ومنهم تاوبنشلاج «Taubenschlag»(٢) و«Sir Harold Bell» ، فلقد تبنيا فكرة ازدواج الرعوية التى ارتكز عليها بقاء القوانين المحلية

---

(١) راجع :

Wolff «H. J.», Z.S.S., 73 1956, P. 2 n. 5;
Taubenschlag : The law of greco — roman Egypt in the light of the papyri, New-York, 101 et suiv.

(٢) أنظر :

Bell : Jo. Egypt. Arch. 28, 1942, 49; ibid 1941, 43

وأنظر أيضا :

Segré : «Rend.», Potntif. Accad. Archeol., 16, 1940,
191 et suiv; Jo. Egypt. arch., 30, 1944, 71; Aegyptus, 25,1945, 64 .

وسار على نهج Schoenbauer الأستاذ Fernand De Visscher :

Le statut juridique des Nouveaux citoyens romains et l'inscription = de Rhosos, Rhosos, «L'antiquité class.», 1945, II; 1946. 29.

ومن بين العلماء الذين رفضوا نظرية Schoenbauer :

Schulz : History of roman legal science, 251.

على قيد الحياة (١) .

وبقصر شينبور ازدواج الرعوية الرومانية والمحلية على سكان المدن ، بينما لا يتمتع سكان الريف الا بالرعوية الرومانية ابتداء من عام ٢١٫٢ . ومن ناحية أخرى فانه يقرر أن سكان المدن ، نتيجة لازدواج الرعوية ، لم يكونوا ملزمين باتباع قانونهم المدنى ، بل كان لهم أن يختاروا ما بينه وبين القانون الرومانى . ويتم هذا الاختيار لعند تقديم أطلباتهم أو عراتضهم أمام محاكم المدن أو السلطات القضائية الرومانية . ويضيف أنه على أساالس هذا الازدواج للقانون المعمول به يمكن فهم كثرة الفتاوى التى كان الأباطرة يصدرونها ولا سيما فى عهد ديوقليدسيان ،للافصاح عن مبادىء أولية للغاية للقانون الرومانى ، عندما كان يسألهم سكان الولايات .

والحق انه يمكن فى الوقت الحاضر استبعاد نظرية ازدواج الرعوية (٢) . إذ من المعلوم أن التطور الذى تم خلال القرنين الأولين بعد الميلاد أدى إلى تغيير عميق فى العلاقات بين روما وحواضر الولايات التى كانت الامبراطورية تعتمد عليها . إذ اتجه إلى الغاء أوجه الاختلاف ما بين المدن والحواضر : ففى عشية صدور دستور كراكلا كان هناك نظام بلدى موحد تقريباً يضم المدن والحواضر . ومع ذلك فان الغموض يسود وضع المدن اليونانية فى الشرق فى تلك الفترة ، فهى كانت على وشك أن تصبح وحدات اقليمية تتمتع بمجرد استقلال ادارى ، ومع ذلك لم تفقد الخصائص المتعلقة بتنظيمها فى شكل دويلة . والمهم أنه لم تعد فكرة الرعوية تأخذ فى عين الاعتبار ضرورة الانتماء إلى مثل هذا التنظيم . وسادت فكرة الموطن « Origo » .

---

(١) أنظر :

Bell, Op. cit.; Taubenschlag, Op. cit.

(٢) أنظر :

Gaudemet «J.» : Institutions de l'Antiquité, 1967, P. 528 — 534.

وفى نفس الوقت فانه ، مع امتداد السيادة الرومانية فى اطار دولة عالمية ، تكتسب الرعوية الرومانية بذورها أبعاداً هائلة ، بحيث لاتضارعها أية رابطة انتماء أخرى . إذ يعنى كون الفرد مواطناً رومانياً فى القرن الثانى الانتماء إلى صفوة اجتماعية ، ويقف على قدم المساواة مع غيره من أعضاء الجماعة الرومانية الكبيرة التى تضمها الامبراطورية . ويمثل دستور كراكلا بهذا الخصوص نهاية المطاف للنزعة الرومانية التى وجدت فى الامبراطورية من قبل . وهو لا يعنى انتصار العناصر الرومانية فى الحياة القانونية لسكان الولايات ، ولكنه يترجم بلغة القانون انتماء الجموع الهائلة من سكان الامبراطورية اليها دون أن يؤثر فى العلاقات التى تربطهم بجماعاتهم الأصلية.

والعلاقة ما بين رابطتى الانتماء ، أن احداهما تحتوى الأخرى ، مثل صفة العضوية فى المجلس البلدى « municeps» التى تشملها صفة المواطن الرومانى«Civis Romanus»، وفقاًلنظرية شيشرون عن «الوطن المزدوج»(١). ولقد كان هذا الانتماء المزدوج نتاج تشابك عاملين سادا تطور العالم القديم فى بداية العصر الميلادى : الانتشار المتزايد للتجمعات الحضرية وتثبيت الامبراطورية الرومانية كدولة عالمية . ولا يمكن ترجمة هذا الانتماء المزدوج «بازدواج» الرعوية بالمعنى الفنى الذى يخلعه الشراح المحدثون على هذا الاصطلاح . وكذلك فانه لا يمكن أن نؤسس استمرار وجود القوانين المحلية على هذا الوضع المزدوج . فالمدن فى الولايات ، بصيرورتها وحدات ادارية ، تصبح غير قادرة على أن تكفل وجود قانونى محلى معارض للقانون الرومانى .

وينبغى أيضاً استبعاد لبس آخر ، وهو يتعلق بوجود ارتباط آلى مابين اكتساب الرعوية الرومانية واستخدام القانون الخاص . ومن الملائم أن نلاحظ أنه ، وفقاً للتفكير الرومانى ،فان اكتساب أحد الأفراد صفة المواطن لايفرض عليه بالضرورة استخدام القانون الرومانى ، فهو لا يتعدى

---

(١) أنظر :

De Leg., 2,2 — 5.

تخويله امتياز استعمال التصرفات المقصورة على المواطنين الرومان . ولاتوجد أية قاعدة تكره المواطن على الخضوع للقانون الذى يوضع لاعضاء الجماعة التى ينتمى اليها الفرد ، إذ يعتبر هذا الخضوع من المسلمات الطبيعية والتلقائية. فاختيار القانون الرومانى أو الارتباط بالتقاليد المحلية لا يثير فى نظر الفقهاء الرومان فكرة التضارب التى صورها البعض بمعركة نشبت بينهما .

بيد أنه مما لا شك فيه أن الوضع القانونى لسكان الولايات قد تغير تغيراً ملموساً ابتداء من عام ٢١٢ . إذ أصبح الفرد الذى يظهر أمام محاكم الولايات أو يرسل إلى الأباطرة فى طلب الفتاوى عن مسائل قانونية مواطناً رومانياً . ويستجيب القضاة والأباطرة لطلبات هؤلاء المواطنين عن طريق الاستعانة بقواعد القانون الرومانى .

وهكذا نجد الامبراطور ديوقليدسيان يلفت نظر سكان الولايات إلى مبادىء القانون الرومانى الأولية للغاية من خلال العديد من الفتاوى التى كان يصدرها . وهناك الكثير من التفسيرات التى قدمت بصدد هذا الموضوع والتى كانت محل خلاف شديد : الحماية الميؤوس منها للقانون الرومانى من أخطار الهرطقة القانونية اسكان الولايات ، أو صبر بعض الأباطرة المتسم بالعطف بمكافأة من يتبع طواعية من المواطنين الجدد لقانون الامبراطورية « Reichsrecht » . والحق أن الحجج المستخلصة من الفتاوى الامبراطورية لها قيمة محدودة للغاية ، إذ تعكس استمرار العمل بالقوانين المحلية . ومن ناحية أخرى فانه من الطبيعى أن الفقهاء فى بلاط الامبراطور يقدمون الاجابات على استفسارات سكان الولايات الشرقية الموجهة إلى الامبراطور . وهكذا فانهم يصححون الآراء المعيبة من وجهة نظر القانون الرومانى من خلال هذا الاجراء الرسمى المتمثل فى الفتوى . ولا يعنى تمسكهم بالقانون الرومانى الطعن فى القوانين المحلية من ناحية، ولا الاعتراف بها من وجهة النظر القانونية الرسمية « de iure » من ناحية أخرى .

وموقف القضاء فى الولايات كان أكثر غموضاً . وتظهر الدراسة

التى قام بها تاوبنشلاج أن المحاكم الرومانية فى مصر أقامت فى بعض الأحيان اعتباراً لتعلق المتقاضين بالتقاليد القانونية المحلية بعد صدور دستور كراكلا. ويمكن أن تفسر هذه التنازلات جزئياً على أساس التعضيد الذى نالته بعض النظم المحلية من قبل التشريعات الخاصة بالولاية : فهناك قواعد محلية اعترف بها الأباطرة وولاة مصر قبل عام ٢١٢ واستمر التمسك بها بعد هذا التاريخ. وكذلك فان السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى فى الولاية يمكن أن تكون بمثابة تبرير لموقفه المؤيد لمبادىء القانون المحلى .

والخلاصة انه لا يمكن تبرير استمرار وجود القوانين المحلية بعد صدور دستور كراكلا على أساس فكرة ازدواج الرعوية وشخصية القوانين أو الدلالات المستقاة من الفتاوى الامبراطورية والوثائق القضائية . وعلى العكس فان التبرير يكون مقبولا إذا استندنا إلى الطابع العرفى للقوانين المحلية فى الامبراطورية . ولقد كان وضعها على هذا النحو قبل صدور دستور كراكلا ، كما ظلت غالبيتها على نفس الحال بعد عام ٢١٢ أى اعتبرت بمثابة أعراف جرى العمل عليها فى الولايات . غير أن صفة هذه الاعراف قد تغيرت فى أعقاب امتداد الرعوية الرومانية . إذ لدينا فى هذا الوقت ، فى مواجهة القانون الرومانى الرسمى ، أعراف الولايات وهى أجنبية الأصل من وجهة النظر الرومانية ولكنها ادخلت فى اطار النظام القانونى الرومانى لكى يستخدمها المواطنون فى الولايات ، وهو مايقودنا إلى الحديث عن هذه المسألة .

٣ — تدعيم الأعراف الأجنبية :

هل يعتمد بقاء القوانين المحلية ، وقد أصبحت أعراف ولايات ، على أساس الواقع أم على العكس على أساس تدعيم رسمى ؟ إن فكرة التدعيم الرسمى مغرية . وتتجه آخر المحاولات لتكملة ما فى بردية « Giessen No. 40 » الشهيرة من نقص إلى تقرير هذا البقاء على نص دستور كراكلا ذاته . إذ أنه يتضمن «شرط حماية» يضمن كراكلا بمقتضاه استمرار

القوانين المحلية بعد تعميم الرعوية الرومانية . وتتعلق نقط الخلاف بمدى هذا الشرط ودلالته الحقيقية .

فيذهب وولف « Wolff » إلى أن قوانين المدن اليونانية وحدها ، هى التى استفادت من هذه المنحة ، فى الحدود التى استمر العمل بها (١). وهذه مثلا حالة القواعد التى تتعلق بوضع الأطفال غير الشرعيين ، والتى يبدو تأثيرها واضحاً فى التشريع الامبراطورى فى عصر الامبراطورية السفلى (٢) . وإذا كان الأمر كذلك فاننا سنكون أزاء وضع يتسم بالتناقض . فسكان المدن ، وهم أكثر ثقافة وبالتالى أكثر إعداداً لاتباع القانون الرومانى ، يتمتعون مع ذلك بحرية عدم تطبيقه . وسكان الريف ، وهم أقل قدرة من أن يهجروا بين يوم وليلة عاداتهم المحلية من أجل اتباع قانون يتسم بالدقة والصعوبة ، وجدوا أنفسهم فجأة خاضعين لهذا القانون خضوعاً مطلقاً . ومما يزيد فى هذه المفارقة أنه قد عثر على العديد من الوثائق فى الريف المصرى . وهى تظهر استمرار تطبيق القوانين المحلية .

وربما يكون أفضل الآراء هو الرأى الذى قدمه سيستون « W. Seston » بتقريبه ما بين بردية « Giessen No. 40 » ونص لاتينى منقوش عثر عليه فى بنازا بالمغرب (٣) ، واعادة تكوينه على هذا الأساس لنص دستور كراكلا (٤) معطياً فكرة الرعوية الرومانية معنى واسعاً للغاية ، ومسلماً

---

(١) أنظر :

Wolff «H. J.» : Symb. Taubenschlag, 1, 1956, P. 367 — 371.

(٢) راجع :

Wolff «H. J. » : Sémninar 3, 1945, P. 21 — 45.

(٣) أنظر :

C.R. Acad. Inser., 1961, P. 317 — 324.

(٤) أنظر :

Melanges J. Carcopino, 1966, P. 878 — 879.

بالتدعيم الرسمى الذى خلعه كراكلا على جميع النظم المحلية : فالرعوية رومانية ، ولكن وفقاً لدستور كراكلا فان هناك من الناحيتين القانونية والعملية . تشريعات وقوانين بعدد الجماعات السياسية الموجودة (١) .

وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فانه يمكن أن ندخل تعديلا حاسماً فى نظرية ميتيس « Mitteis » . فوفقاً لهذا العالم ، يمكن أن نبحث عن أساس استمرار وجود القوانين المحلية بعد صدور دستور كراكلا فى مجال القانون العرفى « Gewohnheitsrecht » . ونحن نتفق معه فى هذا الخصوص . بيد أن ما يراه ميتيس بمثابة تنزيل للقواعد المحلية إلى مستوى العادات غير المشروعة المتحدية للقانون الرومانى ، نعتبره على العكس رفعاً لهذه القواعد إلى مرتبة القانون العرفى المحلى ، وهو يتلو قوانين الامبراطورية فى المرتبة .

ولم يكن من الممكن أن يحول تعضيد القوانين المحلية على أساس أنها أعراف محلية ، دون نشوب الصراع ما بين القانون الرسمى والاعراف المحلية للمواطنين الجدد . وكان ينبغى التوفيق بينهما على أساس اخضاع هذه الأخيرة فى حالة التنازع بينهما للمقتضيات الحيوية التى يكفلها قانون الامبراطورية . ولقد وضعت حلول مختلفة لما يثار من مشاكل بحسب كل حالة .

فبعض النظم المحلية التى ارتفعت إلى مستوى الاعراف كانت قليلة الشأن . فهى ترتكز على أسس قانونية ووسائل فنية غريبة على القانون الرومانى دون أن تتعارض مع مبادئه على الصعيد المعنوى أو السياسى . ومن ثم يمكن مواءمتها ، بطريق الحيلة ، مع القانون الرسمى بغية ارضاء كل من المشرع الامبراطورى وسكان الولايات المرتبطين بطبيعة الحال بتقاليدهم القديمة . بيد أن هناك نظما أخرى لا يمكن أن يتم بصددها مثل هذه المواءمة بسهولة . وهى تارة تحرم ولاتستمر على قيد الحياةالا باعتبارها

---

(١) أنظر :

C.R. Acad. Inser, 1961, P. 317 — 324.

عادات غير مشروعة ، وتارة أخرى يتم تغيير جوهرها ولا يكون وجودها الا من الناحية الشكلية إذ تكون خالية من كل مضمون . وأخيراً فانه فى حالات أخرى ، يترك قانون الامبراطورية « Reichsrecht » مكانه لعرف الولاية الذى يتحقق له الانتصار كقانون رسمى على مستوى الامبراطورية .

ولنضرب الآن بعض الأمثلة على كل من هذه المجموعات الثلاثة من الحالات :

(أولا) حالات يتم فيها المواءمة . ففى القانون اليونانى ، يمكن أن يتم عتق الارقاء أمام الموثق . ولقد أخذ المصريون عن الاغريق فى العصر البطلمى هذه الطريقة للعتق الاختيارى . كما تشير بعض الوثائق التى يرجع تاريخها إلى ما بعد عصر كراكلا ، إلى أن الطريقة المذكورة ، وهى غير معروفة فى القانون الرومانى ، استمرت فى الحياة العملية المصرية خلال النصف الثانى من القرن الثالث . ففى حالة المنازعة القضائية ، لن تجد المحكمة الرومانية أية صعوبة لمواءمة عرف الولاية بقواعد القانون الرسمى ، بخصوص هذه المسألة . إذ يكفى أن تعتبر المحكمة إقرار العتق أمام الموثق بمثابة الاعلان عن ارادة العتق ، مشبهة بذلك هذه الطريقة للعتق المحلى بطريقة العتق فيما بين الأصدقاء Manumissio inter amicos فى القانون الرومانى. إذ لا يقتضى هذا العتق أى شرط شكلى لكى يكون صحيحاً . فهو يتطلب فقط أن يعبر عن ارادة العتق «Voluntas manumittendi» بصورة واضحة تسمح بتبرير الحماية البريتورية(١) . وهكذا استمر اقرار العتق أمام الموثق منتجاً لآثاره وفقاً للعرف المحلى Consuetudo regionis بجانب طرق العتق الرومانية مثل العتق بطريق الوصية (٢) .

وكذلك فان القانون اليونانى كان يعترف للمرأة بالقيام بدور الوصى

(١) أنظر :

Biscardi «A.» : Actes Milan, 1966, P. 396—4087

(٢) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٥ ' ٣٥ ، ١ .

على الأولاد القصر وتأثر بهذه القاعدة القانون المصرى أيضاً . أما الرومان فعلى العكس كانوا يعتبرون الوصاية « Virile manus » لا يقوم بها الا الرجال وتستبعد منها المرأة بسبب ضعف جنسها «Infirmitas sexus» . وهذا هو ما ذكره الامبراطور الاسكندر سيفيريوس فى فتوى اصدرها بعد مضى اثنى عشرة سنة من دستور كراكلا (١) ، بيد أن الرومان المقيمين فى مصر تبنوا القاعدة المحلية ومارسوها ، حتى قبل صدور دستور كراكلا . وأمكن عن طريق مواءمة شكلية التوفيق ما بين ضعف جنس المرأة واعتبار أن وظيفة الوصى قاصرة على الرجال : فالمرأة تباشر الأعمال ، ليس بمثابة وصى بالمعنى الدقيق بل «كمساعدة» لوصى يقنع بسلطة اسمية . ويمكن لنظام الوصاية أن يستمر على هذا النحو فى الولايات الشرقية المتأغرقة بعد عام ٢١٢ ، دون أن يكون هناك خطر الصدام بينه وبين القانون الرسمى.

وبهذه الطريقة أيضاً أمكن تفادى الاصطدام بالقاعدة الرومانية القائلة بعدم أهلية ابن الأسرة من الناحية المالية . فاعتبر كما لو كان يتصرف باسم أبيه إذا ما ادعى ابن الأسرة فى الولاية بملكيته لاموالة ، على شريطة ألا يحاول التصرف فيها ضد رغبة الوصى الشرعى (٢) . وكذلك فان الوصية التى لا تتضمن تعيين وارث كان من المحتمل أنها تتفادى التعرض للبطلان عن طريق تشبيهها بملحق الوصية فى القانون الرومانى .

وفى مجال العقود ، يمكن أن يحدث صدام عنيف . وكما بينه H. J. Wolff (٢) لم يؤد الاصطباغ بالصبغة الرومانية فى هذا المجال إلا إلى تغييرات سطحية بالنسبة لجوهر القانون . وينبغى انتظار القرن الرابع لكى تتغلغل هذه الصبغة الرومانية فى الحياة العملية للولايات بطريقة أكثر عمقاً ، فغداة صدور دستور كراكلا ، لم تكن العقود التى تبرم فى الولايات سوى مجرد اتفاقات Nuda Pacta فى نظر القانون الرومانى ، فلا تنشىء

(١) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٨ ، ٤٦ ، ٣ .

(٢) أنظر :

Wolff «H.J.» : Z.S.S., 73, 1956, P. 1—28.

دعوى من دعاوى القانون الضيق . ولا يمكنها نقل الملكية ، فى حالة البيع مثلا «Dominia rerum nudis pactis non transferuntur» (١) فلكى . يتسنى لهذه العقود أن تنتج آثاراً تكون قابلة للحماية القضائية كان يلجأ إلى شرط التعهد الرسمى الذى يخلع على كل اتفاق قيمة الالتزام اللفظى المجرد والذى تمكن حمايته بواسطة القضاء . وهكذا فان العقود التى تبرم وفقاً للنظم المحلية ، تقيم وزناً لقواعد القانون الرسمى مع محافظتها فى نفس الوقت على العادات المحلية للأطراف المتعاقدة . وتدل كثرة العقود المزودة بهذا الشرط فجأة ابتداء من عام ٢٢١ إلى أن إجراءا رسمياً كدستور إمبراطورى ، أو منشور الوالى ، أو حكم قضائى بمناسبة وجود اتفاق « Conventus » يقرر هذا الشرط بعد مضى أقل من عشر سنين ، ليساعد على التوفيق ما بين العرف المحلى والقانون الرسمى «Riechsrecht» (٢) .

(ثانيا) : حالات تعتبر فيها الأعراف غير مشروعة :

هناك بعض العادات المحلية التى كانت تتعارض تماماً مع النظام العام الرومانى ، ومن ثم لم يكن من الممكن ، عن طريق الحيلة ، تفادى الاصطدام . وكان ينبغى تحريم النظام المحلى الذى لا يمكن تشبيهه بنظام رومانى . وإذا استمر وجوده مع ذلك ، فانه يصبح عرفاً غير مشروع .

والمثال النموذجى لهذه الحالات يتعلق بالزواج الداخلى . فهو نظام محلى استمر وجوده فى مصر الرومانية رغم اعتبار القانون الرسمى له من قبيل زنا المحارم وتقريره جزاءات مدنية وجنائية لهذا النوع من العلاقات ؛ وبعد صدور دستور كراكلا لم يكن من المستطاع أن يبقى باعتباره عرفاً محلياً معترفاً به رسمياً ، وانما انكمش إلى مرتبة العرف المحلى غير المشروع ، وعاقبت الدساتير الامبراطورية بقسوة الأفراد الذين يبرمونه (٣) .

---

(١) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٢ ، ٣ ، ٢٠ .

(٢) أنظر :

Simon «D.» : Stipulationsklausel, 1964.

(٣) أنظر :

Z.S.S. 81, 1964, P 52 — 82.

ولنضرب مثالا آخر ، ويتعلق بعادة اعطاء أبناء المدين على سبيل الرهن لضمان الوفاء بما فى ذمة المدين من دين . والقانون الرسمى ، ولو أنه يجيز بيع الابناء المواودين حديثاً ، فانه يحرم بيع أو رهن الراشدين من الأبناء ، وهذا على خلاف العرف المحلى الذى يعترف لرب الأسرة بحق رهن أولاده . بل ويبدو أن الأم كانت تتمتع بدورها بهذا الحق ، كما يدل على ذلك خطاب خاص من القرن الثانى الميلادى (١) . واستمر هذا العرف بعد صدور دستور كراكلا ، رغم تحريمه بواسطة الدساتير الامبراطورية . وتدل وثائق مصر البيزنطية على أنه قد تحدى التحريم المذكور ، والذى قرره جستينيان فى دستوره : ١٣٤ ، ٧ ، حيث يعاقب فيه الدائن الذى يتلقى ابن الأسرة على سبيل الرهن . وبعد ثلاث عشرة سنة نجد بردية (٢) تتضمن الدليل على أن الحياة العملية المصرية ظلت غير متأثرة بالحظر المذكور . فالأمر يتعلق إذن بعرف غير مشروع وليس بنظام محلى احتواه القانون الرسمى باعتباره عرفاً محلياً

ولسبب مماثل حرم القانون الامبراطورى نظام رفض البنوة «Apokeryxis»، فى الحدود التى يكون فيها بمثابة تصرف ، أى أنه يؤدى إلى فقدان الطفل لصفته كابن « Suus » . وهو مشاهد فى مصر الرومانية منذ القرن الثانى (٣)، واستمر موجوداً مع ذلك بعد عام ٢١٢ . ولقد كان هذا النظام يؤدى إلى نتيجة غير مقبولة من وجهة نظر السلطات الرومانية وهى التخلى عن السلطة الأبوية بما يتضمنه ذلك من حرمان الطفل من الارث . وهذه النتيجة هى التى عارضها ديوقليدسيان (٤) فى دستور له، وتبعه فى ذلك جستينيان،

---

(١) أنظر :

P. Oxy 1295.

(٢) أنظر : ديوقليدسيان، مجموعة الدساتير الامبراطورية لجستينيان : ٤ ، ١٠ ، ١٢، ٤ ، ٤٣ ، ١ — ٨ ، ١٦ ، ٦ .

(٣) أنظر : P. Caire —Masp. 57023.

(٤) أنظر : P. Oxy. 2342.

ورغم هذا الحظر ، فاننا نجد برديتين بتاريخ ٥٦٧ تشيران إلى نظام رفض البنوة (١) ، وان كان قد حدث تغيير فى جوهره : إذ لم يحتفظ النظام المذكور من صورته اليونانية الا بإسمه « Apokeryxis » وشكله الخارجى : أما من حيث نتائجه القانونية فانه قد مثل بنظام هجر الطفل « Abdicatio » فى القانون الرومانى : إذ يظل الطفل المطرود ابنا « Suus » ويحتفظ بحقوقه فى الإرث . وعليه فانه يمكن القول أن التطور أدى فى النهاية إلى وجود شكل محلى لنظام هجر الطفل «Abdicatio» المقرر فى القانون الرومانى (٢).

وتدل هذه الأمثلة على أن تعميم الرعوية الرومانية لا يعنى الاعتراف الكامل بكل الاعراف السائدة فى الولايات . إذ تصحب عملية ادخالها فى القانون الرسمى ، مع اجراء المواءمة الضرورية ، ضرورة استبعاد بعضها بسبب طابعها المخالف لمبادىء النظام العام الرومانى ، واحداث تغيير فى جوهر البعض الآخر حتى لا يبقى الا على شكله المحلى .

(ثالثا) حالات تتبنى فيها الأعراف المحلية :

هناك أخيراً بعض النظم المحلية ، بعد الاعتراف بها كأعراف محلية ، يتضمنها فى النهاية القانون الرسمى للامبراطورية . ولنضرب مثلا على ذلك بخصوص طرق نشأة السلطة الأبوية : فالتبنى ، كطريقة من هذه الطرق ، لم يكن يجوز للنساء مباشرته ، وفقاً لقواعد القانون الرومانى فى العصر العلمى . ولكن القانون الهلينستى أجاز لهن ذلك على ما يبدو . فهناك بردية من القرن الثانى (٣) وشهادة جاءت على لسان أوزيب Eusèbe (٤) تشيران

---

(١) مجموعة الدساتير لجستيتيان : ٨ ، ٤٦ ، ٦

abdicatio,que Graeco more ad alienandis liberos usurpabatur apoceryxis dicebatur, Romanis legibus non comprobatur.

(٢) أنظر :

Dull «R.» : Z.S.S., 63, 1943, P. 54 — 116.

(٣) أنظر :

P. Oxy. 588.

(٤) أنظر :

Hist. eccl. 6, 2, 13.

إلى أن النساء الاغريقيات فى مصر يمارسن التبنى بعد صدور دستور كراكلا ، وسواء كن يقمن فى الاسكندرية أو فى الريف .

ومما لاشك فيه اننا نجد اشارة إلى هذا العرف المحلى فى دستور ديوقليدسيان الصادر فى عام ٢٩١ (١) . إذ يذكر الامبراطور ان النساء لا يمكنهن التبنى لأن ليس لهن سلطة « Potestas » على أولادهن . ولكنه يرخص للمرأة ، إذا لم يكن بالتبنى ، فعلى الأقل بالاحتفاظ بزوج بنتها كما لو كان ابنها بالتبنى ، لتعزيتها على فقدانها لأطفالها . ولقد تمت مخالفة المبدأ الذى تضمنه القانون الرومانى فى العصر العلمى ، رغم أن النصوص اللاحقة كانت ما تزال تؤكده (٢) ، واختفى نهائياً فى ظل جستينيان ، حيث سمح للنساء بالتبنى (٣) . فبالنسبة لهذه الحالة يأخذ قانون الامبراطورية « Reichsrecht » أحد اعراف الولاية ويعتبره نظاماً رسمياً ذا مدى عام .

وهناك أمثلة أخرى لأعراف محلية احتواها القانون الرومانى فى المجالات المختلفة لقانون الأشخاص والأسرة . ولقد ظل بعضها قاصراً على الجزء الشرقى من الامبراطورية ، ومن أمثلتها : التبنى غير الكامل « adoptio minus piena » (٤) ، والرهن العام بالنسبة للدوطة ، وفاعلية العتق الذى يجريه الشريك فى ملكية الرقيق ، والأموال التى تحتفظ الزوجة بملكيتها الخاصة الخاصة لها فى عقد الزواج ولا تصبح ملكاً للزوج . وهناك اعراف أخرى سابقة على تقسيم الامبراطورية امتدت أيضاً إلى الغرب ، ومن أمثلتها : العتق فى الكنيسة manumissio in acclesiis ، والمبلغ المقدم عادة من الخاطب

---

(١) مجموعة الدساتير لجستينيان : ٨ ، ٤٧ ، ٥

(٢) أنظر

Gai Ep. 1, 5, 2.

(٣) نظم جستينيان : ١ ، ١١ ، ١٠ .

(٤) وهو اصطلاح يخلعه الشراح المحدثون على التبنى الذى يرتب آثاراً أقل أهمية بكثير من التبنى فى العصر العلمى ، إذ أن المتبنى يظل فى أسرته الأصلية ويكتسب مجرد حق الارث بالنسبة لاسرته الجديدة .

عند الخطبة «arra sponsalicia» ، والهبة المقدمة قبل الزواج من الزوج المقبل أوباسمه إلى زوجته المقبلة donatio ante nuptias ، والمحرر الذى يخطر فيه أحد الزوجين الزوج الآخر برغبته فى فسخ الزواج «libellus repudii» ، والمظاهر المختلفة لانهيار السلطة الأبوية وغالباً مايكون لصالح الأم . وفى مجال الحقوق العينية ، فان ملكية الطوابق يمكن أن تقدم مثالا للتأثير الهلينستى على فكرة الملكية فى القانون الرومانى وتجزئتها . وهذا التأثير ملحوظ بدرجة أقل فى مجال الالتزامات والمواريث ، ولكنه يظهر مع ذلك من خلال الدور المتزايد للمحرر ، وأهمية الميراث عن طريق الأم بدرجة أكبر .

ولا يجوز أن نبالغ فى مقدار هذا التأثير . فكثيراً ما نجد التغيير الذى حدث فى نظم القانون الرومانى يرجع إلى تطور داخلى فى هذا القانون ذاته . وعلى كل فان مظاهر التبسيط التى يتسم بها القانون الرومانى فى عصر الامبراطورية السفلى تظهره أكثر قرباً من التقاليد الهلينستية عن القانون الرومانى فى العصر العلمى والذى يتسم بالتشدد والدقة . وتلحق الاعراف المحلية بالتالى بالقانون العامى . وعلى كل فما زالت حصة كل من هذين العاملين فى تكوين القانون الامبراطورى المتأخر بعيدة عن التحديد على وجه الدقة .

الخاتمة

استمرت النظم اليونانية والمصرية باقية فى الممارسة العملية باعتبارها اعرافاً أجنبية خلال القرنين الأول والثانى للامبراطورية . ولقد أباحتها روما وحمتها بواسطة القضاء ، وتبنت حلولها فى قانون الولاية . ويسر هذا النهج للغزاة بقاء القوانين المحلية على قيد الحياة ، دون أن يحول ذلك من تسرب بطىء لبعض الأفكار والمصطلحات القانونية الرومانية فى الحياة العملية للولاية . فنحن ازاء مجموعتين من النظم على مستويين مختلفين ، دون أن يخشى نشوب صراع بينهما .

ولقد غير تعميم الرعوية الرومانية من هذا الوضع دون أن يثير مع ذلك فكرة التقابل التى طرحها الفقه التقليدى وانقسم إلى فريقين يتبنى كل فريق احد طرفى هذا التقابل : إما سريان مطلق للقانون الرومانى على حساب القوانين المحلية ، وإما تعايش رسمى بين القانون الامبراطورى «Reichsrecht» ومجموعة كبيرة من القوانين المحلية «Volksrechte» باعتبارها «أنظمة قانونية» منافسة . وفى تقديرنا أن هذا التقابل ليس له محل . فلا يوجد «صراع» ما بين القانون الامبراطورى «Reichsrecht» الذى يعتبر هو القانون الشرعى ، والقوانين المحلية « Volksrecht » باعتبارها قوانين غير شرعية . ومن ناحية أخرى ، لا يوجد تعادل بين عدة أنظمة متوازية فى نفس المستوى . ففى ظل الامبراطورية الرومانية بعد صدور دستور كراكلا لا يوجد سوى نظام قانونى واحد كما هو الشأن فى المجتمعات الحديثة . وهذا النظام رومانى بطبيعة الحال. ولكنه يشمل ، بجانب القانون الامبراطورى «Reichsrecht» الذى يحتل مرتبة القانون الرسمى ، عدداً من القوانين المحلية «Volksrechte» باعتبارها اعرافاً محلية تستمر على قيد الحياة وستمثل جزءاً من الارث القانونى الذى ستنقله الامبراطورية الرومانية إلى أوروبا .

التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة
كمصدر للالتزام الدولى

دكتور
محمد سامى عبد الحميد
أستاذ القانون الدولى العام المساعد
كلية الحقوق — جامعة الاسكندرية

تمهيد

١ - موقف الفقه الدولى من التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة .

إذا كانت النظرية العامة للتصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة قد حظيت بما تستحق من عناية فى فقه القانون العام الداخلى ، بحيث لا يتصور أن يتصدى أى من الفقهاء للتأليف فى القانون الادارى الداخلى دون أن يخصص قسما رئيسياً من مؤلفه لدراسة القرارات الادارية مسلماً بأن تصرفات الادارة الصادرة عن ارادتها المنفردة تتعدى فى آثارها القانونية مصدرها إلى الغير من الأفراد «فتنشىء لهم حقوقاً أو ترتب على عاتقهم التزامات ، حتى إذا لم يصدر قبول لهذا التصرف من جانبهم » (١) . فمن الملاحظ أن الاعتراف للتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف

---

(١) أنظر أستاذنا الراحل الأستاذ الدكتور توفيق شحاته ، مبادىء القانون الادارى ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٤ — ١٩٥٥ صفحة ٦٤٨ .

وأنظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى فى ظل النظام الإشتراكى الديمقراطى التعاونى ، الطبعة الثالثة ، دار المعارف ، القاهره ، ١٩٦٧ ، صفحة ١٠١٧

وأنظر كذلك البحث الذى نشره أخيراً الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو تحت عنوان: القرار الادارى مصدر للحق ، منشأه المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ .

المصدر العام المتميز للالتزام لا يزال من الأمور غير المتفق عليها فى فقه القانون الخاص الداخلى وفى فقه القانون الدولى العام على حد سواء .

وإذا كان موقف فقه القانون الخاص الداخلى من الارادة المنفردة أمراً لا يعنينا التعرض له فى هذا المجال (١) ، فمن الجدير بالذكر أن من

---

(١) من الجدير بالذكر فى هذا المجال أن الفقه الألمانى – فى مجموعه – يرى وجوب اعتبار الارادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، بل وقد ذهب جانب من الفقه الجرمانى لى اعتبارها المصدر الوحيد لكافة الالتزامات الارادية مكيفين العقد بأنه مجرد اجتماع لارادتين منفردتين أو أكثر منكرين عليه وصف المصدر المتميز للالتزامات الارادية .

ومن الجدير بالذكر كذلك ان الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين هو انكار وصف المصدر على التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بالرغم من اقتناع البعض من فقهاء القانون المدنى الفرنسى البارزين (أمثال : .Gény, Colin, Jousserand, Saleilles, Capitant, Demogue) بضرورة الإعتراف لها بوصف المصدر الثانوى أو الإستثنائى على أقل تقدير .

أنظر فى عرض موقف الفقه والقضاء الفرنسيين ، وفى شرح النظرية الجرمانية وبيان ما وجه اليها من انتقادات :

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, Tome II, Premier volume : Les obligations, Sirey, Paris, 1962, pp. 276 et s.

أما الفقه المصرى فيميل – فى مجموعه – إلى اعتبار الارادة المنفردة مصدراً ثانوياً استثنائياً للالتزام لا ينشئه «إلا فى حالات محدوده ينص عليها القانون حينما تدعو حاجة التعامل إلى أن ينشأ الالتزام فى ذمة الشخص بارادته وحدها دون توقف على قبول من آخر » .

انظر الأستاذ الدكتور اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ١٩٦٨ ، صفحة ٣٩٤ .

وأنظر فى نفس المعنى :

أستاذنا الجليل الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول : مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، صفحة ٣٦٢ – ٣٦٣

الأستاذ الدكتور أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول : مصادر الالتزام دار المعارف ، ١٩٦٥ ، صفحة ٤١٧ .

وأنظر فى انكار تمتع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر المتميز للالتزام فى القانون المدنى المصرى :

المغفور له الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول : مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية التى أعدها الأستاذ الدكتور عبد الباسط جميعى =

بين فقهاء القانون الدولى العام عدداً غير قليل لم ير فى التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة أهمية تبرر التعرض لها بالدراسة فى المؤلفات العامة المخصصة لدراسته ، (١) وأن الفقهاء الذين تعرضوا لهذه التصرفات بالدراسة فى مؤلفاتهم قد انقسموا إلى اتجاهات ثلاثة :

١ — اتجاه أول يرى انصاره ان هذه التصرفات «لا ترتب نتائج أو آثاراً قانونية معينة ، الا إذا لابستها ظروف خاصة تبرزها فى صورة معينة ، وتجعل منها الارادة الرئيسية التى تتدخل لاحداث الأثر القانونى . وليس معنى هذا أن هذه الارادة المنفردة هى التى تخلق الأثر القانونى ، إذ أن هذا الأثر لا يحدث الا إذا لابس صدور هذه الارادة ظروف خاصة تسبق صدورها أو تلحقه . وهذه الظروف هى تدخل ارادة أو ارادات مقابلة تصدر من اشخاص دولية أخرى ، سواء أكانت هذه الارادات المقابلة ايجابية أم سلبية أى مجرد السكوت ، فتؤيد أو تعارض ما انطوت

= والأستاذ مصطفى محمد الفقى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، صفحة ١٤٤٤ وما بعدها .

هذا ولايفوتنا أن نشير — أخيراً — إلى أنه لا يوجد ، من اعتبارات صناعةالقانون أو منطقه، ما يحول دون اضفاء أى من النظم القانونية وصف المصدر العام على التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة إذا ما دعته إلى هذا ظروفه . ومنالمعروف أن المادة ٢٢٨ منالمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى كانت تعتبر الارادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام مثلها فى ذلك مثل المادة الستين من المشروع الفرنسى الايطالى ، ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة «عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الارادة المنفردة ملزمة» (أنظر السنهورى ،المرجع السابق إ، صفحة ١٤٥٢ — ١٤٥٤) وإذا كان هذا الحذف قد أدى بالعلامة السنهورى إلىالقول بأن «الالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فى التقنين المدنى الجديد هى التزامات قانونية ومصدرها المباشر هو القانون » (المرجع السابق صفحة ١٤٥٤) ، فالراجح فى فقه القانون المدنى المصرى — كما أسلفنا — هو اعتبار الارادة المنفردة مصدراً ارادياً استثنائياً للالتزام ، « لأن الالتزام القانونى ينشأ دون دخل لارادة المدين بل وبالرغم من ارادته ، أما فى الحالات الاستثنائية التى أجاز فيها المشرع نشوء الالتزام بالارادة المنفردة ، فان الالتزام ينشأ كنتيجة مباشرة لهذه الارادة وليس كنتيجة لنص القانون». (أنظر أنور سلطان ، المرجع السابق ، صفحة ٤١٧) .

(١) من هذا الفريق من الفقهاء كل من الأساتذه : ستارك — برايرلى — فينويك — أبو هيف الغنيمى .

عليه الارادة الأولى . فالارادة المنفردة لا تحدث آثاراً قانونية في دائرة القانون الدولى على وجه العموم الا إذا سبقتها أو لحقتها ارادات اشخاص دولية أخرى بصفة رئيسية أوبصفة تبعية،وعلى صورة صريحة أو ضمنية»(١)

---

(١) أنظر الأستاذ الدكتور حامد سلطان ، القانون الدولى العام فى وقت السلم، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، صفحة ٢٠٧ — ٢٠٨ .

وأنظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد حافظ غانم ، مبادىء القانون الدولى العام ، القاهرة، ١٩٦٧ ، صفحة ٦٣٠ .

ومن الملاحظ أن الدكتور غانم يميل «إلى الاعتقاد بأن الوعود الواردة فى تصريحات تصدر عن الارادة المنفردة تعتبر ملزمة فى الأحوال التى تتحول فيها هذه التصريحات إلى اتفاقات دولية كأن يوجه التصريح من دولة إلى دولة أخرى أو إلى مجموعة من الدول تقوم بقبوله صراحة — أو ضمناً ، ومن ثم يتحول إلى اتفاق ثنائى أو جماعى » . وقد أكد موقفه هذا — بعبارات أوضح — فى محاضراته عن المعاهدات الملقاة على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية ، بقوله « ان الوعود الصادرة فى تصريحات تصدر عن الارادة المنفردة تعتبر ملزمة فى الحالتين الآتيتين :

١ — إذا كان التصريح الفردى جزء من مجموعة تصريحات أو وثائق دولية إذا نظر اليها كمجموع يرتبط بعضه بالبعض الآخر كونت اتفاقاً دولياً .

٢ — إذا كان التصريح يتضمن عرضاً موجهاً لدولة أو أكثر ثم قبل هذا العرض صراحة أو ضمناً» .

أنظر الأستاذ الدكتور محمد حافظ غانم ، المعاهدات : دراسة لأحكام القانون الدولى ولتطبيقاتها فى العالم العربى، معهد الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية، ١٩٦١ ، صفحة ١٨

وأنظر كذلك :

Pierre Vellas, Droit international public, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pp. 201 - 206.

ويلاحظ ان الأستاذ فيلاس لم يقتصر على انكار تمتع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر ، بل انتهى فى تحليله إلى القول بأن :

« Les actes unilatéraux constituent, en drotit international, une fausse catégorie juridique » (p. 205).

ويرجع انكاره لمعرفة النظام القانونى الدولى للتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة فى مفهومها الدقيق ، إلى تكييفه لبعض هذه التصرفات (الوعد) بأنها ركن فى البعض من الاتفاقات الدولية ، وتكييفه لفئة أخرى منها (الابلاغ) بأنها ليست من قبيل التصرفات القانونية فى معناها الصحيح بل مجرد عمل من أعمال النشر والاعلام ، واعتباره تصرفات أخرى (مثل الإعتراف واعلان الحرب) مجرد أعمال شرطية (actes-conditions) لا ترتب بذاتها آية=

وواضح ان من شأن الأخذ بهذا الرأى انكار امكانية تمتع التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر المتميز للالتزامات الدولية ، لأن الارادة المنفردة متى التقت بمثيلة لها صريحة أو ضمنية — سابقة عليها أو لاحقة لها — فقدت ، بهذا الالتقاء ، وصف الارادة المنفردة ، وتحولت ومثيلتها الملتقية بها إلى اتفاق الأسبق منهما ركن الايجاب فيه واللاحقة ركن القبول (١) . وغنى عن البيان أن موضوع البحث الحقيقى — فى مجال دراسة التصرف القانونى الصادر عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام — هو مدى امكانية قيام هذا التصرف بمفرده ، واستقلالا عن غيره من التصرفات المماثلة ، بخلق الالتزام . أما صلاحيته لتكوين ركن الايجاب أو ركن القبول ، متى التقى بمثيل له ، فمن الأمور المسلمة. ومن المسلم به كذلك أن الاتفاق الناشىء عن التقاء ارادتين أو أكثر من المصادر الخالقة للالتزام، بل لا شك فى أنه أهم مصادر الالتزام على الاطلاق .

٢ — يتجه فريق آخر من الفقهاء — على رأسه كل من الأستاذ Paul Guggenheim وتلميذه Eric Suy — إلى الاعتراف للتصرف عن الارادة المنفردة بخاصية المقدرة على خلق الالتزامات فى مواجهة مصدره دون غيره من الأشخاص ، قاصرين وصف المصدر على الوعد والاعتراف دون غيرهما من التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة ، مسلمين — كذلك — بأن من شأن البعض الآخر من هذه التصرفات —

= آثار قانونية ، وان كان القيام بها شرطاً ضرورياً لانطباق البعض من قواعد القانون الدولى العام ، كما يرجع أيضاً إلى انكاره تمتع قرارات المنظمات الدولية بوصف التصرف الصادر عن الارادة المنفردة .

(١) من المنكرين لتمتع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف المصدر للالتزام كل من :

Alexandre - Charles Kiss, Les actes unilatéraux dans la pratique française du droit international, R. G. D. I. P., 1961, P. 317.

Rolando Quadri, Cours général de droit international public, R. C. A. D. I., 1964/3, t. 112, pp. 363 et s.

مثل التنازل والاحتجاج – ترتيب آثار قانونية بعينها رغم افتقاده وصف مصدر الالتزام (١) .

٣ – ويرى فريق ثالث من الفقهاء – على رأسه كل من أستاذينا الجليلين شارل روسو وبول ريتر – أن من التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة ما يعد مصدراً من مصادر الالتزامات الدولية المترتبة على عاتق مصدره ، وأن من هذه التصرفات – كذلك – ما فى مكنته ترتيب الالتزامات على عاتق غير الصادر عنه من الأشخاص ، وأن ثمة تصرفات أخرى مصدرها الارادة المنفردة من شأنها – بالرغم من افتقادها وصف المصدر – ترتيب آثار قانونية أخرى متنوعة تختلف باختلاف الوصف القانونى المتصف به كل منها (٢) .

وفى رأينا ان هذا الاتجاه الثالث هو أقرب الاتجاهات إلى حقيقة الأوضاع السائدة فى المجتمع الدولى المعاصر ؛ إذ سوف يتبين لنا – من خلال دراستنا الصور الأساسية لما يعرفه النظام الدولى من تصرفات صادرة عن الارادة المنفردة – أن فى مكنة الدولة (أو المنظمة الدولية) الالتزام بارادتها المنفردة كلما عن لها من الأسباب ما يدعوها إلى ذلك ، بل وسوف يتضح لنا – أيضاً – ان من هذه التصرفات ما يخلق الالتزامات الدولية – فى ظروف معينة – على عاتق أشخاص غير الصادر عنه ، ومن ثم تستحق – فى نظرنا – وصف المصدر العام للالتزامات الدولية بالرغم من أن تطبيقات

(١) Cf. Paul Guggenheim, Traité de droit international public, Tome 1, Deuxième édition, Librairie de l'Université, Georg & Cie. S. A., Genève, 1967, p. 274.

Eric Suy, Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, Bibliothèque de droit international : Tom XXIII, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1962, pp. 33 - 44 et 269.

(٢) Cf. Charles Rousseau. Droit international public, Tome 1 (Introduction et sources), Sirey, Paris, 1970, pp. 416-418.

Paul Reuter, Droit internaional public, Deuxième édition, Collection Thèmis, Presses Universitaires de France, Paris, 1963, pp. 92 et s.

هذا المصدر لا تزال – حتى الآن – محدودة ، إذ «لا تعارض فى الواقع بين أن يعتبر مصدر الحق عاماً....وبين أن تكون تطبيقاته قابلة للحصر» (١).

على هذا الأساس سوف نبدأ دراستنا لهذا المصدر الغامض من مصادر الالتزامات الدولية بتحديد المقصود به ، ثم ننتقل بعد ذلك لدراسة الصور الأساسية للتصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة من خلال تقسيم ثلاثى ، لم يسبقنا اليه – فى حدود علمنا – أى ممن تعرض قبلنا لدراسة هذا الموضوع من فقهاء القانون الدولى العام (٢) ، تكمن ميزته الأساسية –

---

(١) من المعروف ان التشريع «مصدر عام للالتزام . ومع ذلك فتطبيقات هذا المصدر قابلة للحصر . والعقد كان معتبراً مصدراً عاماً للالتزام فى القانون الرومانى ، ومع ذلك فتطبيقاته كانت معينة على سبيل الحصر قبل أن تصبح الرضائية هى القاعده العامة فى التعاقد . والعمل غير المشروع كان مصدراً عاماً للالتزام فى القانون الرومانى أيضاً ، مع وجود نص خاص لكل جريمة أو شبه جريمة ينشأ عنها الالتزام بالتعويض ، ومع عدم وجود نص مقابل للمادة ١٦٣ من القانون المدنى التى تقرر أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . ولم يقل أحد أن التشريع لا يعتبر مصدراً عاماً للالتزام فى القانون الحديث ، أو أن العقد والجريمة وشبه الجريمة لم تكن مصادر للالتزام فى القانون الرومانى ، لمجرد أن تطبيقات هذه المصادر الثلاثة يمكن تعيينها على سبيل الحصر . بل الواقع أن عمومية المصدر لا تتعارض مع خصوصية التطبيقات.»
أنظر الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، صفحة ٢٦ .

(٢) من الجدير بالذكر أن أستاذنا شارل روسو قد تعرض لدراسة التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة من خلال تقسيمها إلى خمسة أنواع هى :

١ – الأعمال الشرطية (actes - conditions) ولا تشمل – فى نظره – سوى الابلاغ.

٢ – التصرفات الخالقة للالتزام (actes créateurs d'obligations) وهى – فى نظره – الوعد والاعتراف .

٣ – التصرفات المؤكدة للحقوق (actes confirmatifs de droits) ولا تشمل – فى نظره – سوى الاحتجاج .

٤ – التصرفات المتضمنة التخلى عن الحقوق (actes portant abandon de droits) ولا تشمل – فى نظره – سوى التنازل .

٥ – التصرفات الضمنية الصادرة عن الارادة المنفردة (actes unilatéraux tacites) وقد تعرض فى دراسته لهذا النوع الخامس من التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة لمشكلة القيمة القانونية للسكوت (le silence) فى مجال العلاقات الدولية .

أما أستاذنا بول ريتير فقد قسم التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة إلى مجموعتين =

فى نظرنا – فى ابرازه ، بوضوح ، تميز هذه التصرفات من حيث طبيعة الآثار القانونية المترتبة على صدورها . فمنها – كما سوف يتضح للقارىء – المتصف بوصف مصدر الالتزام فى مواجهة مصدره وحده دون غيره من أشخاص المجتمع الدولى ، ومنها المتصف بوصف المصدر فى مواجهة مصدره والبعض من أشخاص القانون الدولى الآخرين ، ومنها المفتقد لوصف المصدر بالرغم من صلاحيته لترتيب آثار قانونية أخرى متنوعة الطبيعة والأهمية .

٢ – المقصود بالتصرف القانونى الصادر عن الارادة المنفردة .[1]

ينصرف اصطلاح التصرف القانونى الصادر عن الارادة المنفردة

= رئيسيتين ، هما :

١ – التصرفات الصادرة فى مجال علاقات التنسيق dans les rapports de coordination ويقصد بها تلك الصادرة فى مجال العلاقات القائمة على أساس المساواة فى السيادة وتشمل فى نظره – على وجه الخصوص – كل من الوعد والاعتراف والاحتجاج والابلاغ والتنازل .

٢ – التصرفات الصادرة فى مجال علاقات السلطة dans les rapports d'autorité ويقصد بها التصرفات ذات الطبيعة الشارعة أو اللائحية الصادرة عن البعض من الأجهزة الدولية فى مجال ممارستها لاختصاص خلق القواعد الدولية les actes réglementaires ou législatis ، والتصرفات القضائية الصادرة عن المحاكم الدولية أو لجان التحكيم إذ تفصل فى المنازعات الدولية (les actes juridictionnels)

أنظر فى عرض أهم التقسيمات الفقهية الأخرى :

Eric Suy, op. cit., pp. 33 - 43.

ويلاحظ ان هذا الكاتب قد قسم التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة إلى ثلاثة أنواع رئيسية هى :

١ – التصرفات الخالقة للالتزام . (الوعد والإعتراف) .

٢ – التصرفات المؤكدة للحقوق (الاحتجاج) .

٣ – التصرفات المستخدمة للتخلى عن الحقوق (التنازل) .

وانظر كذلك :

Gian Carlo Venturini, La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats, R. C. A. D. I., 1964/2, t. 112, pp. 407 et s.

(١) أنظر بصفة خاصة : =

(L'acte unilatéral) ، فى مجال العلاقات الدولية ، إلى كل تعبير صريح أو ضمنى عن الارادة المنفردة لشخص واحد بعينه من أشخاص النظام القانونى الدولى ، متى استهدفت — من ورائه استقلالا عن غيره من التصرفات الارادية — ترتيب آثار قانونية معينة (١) . ويتضح من هذا التعريف ان اصطلاح التصرف القانونى الصادر عن الارادة المنفردة لا يشتمل —بالضرورة — على كافة الأعمال الارادية الصادرة عن الدولة (أو المنظمة الدولية) ، إذ يشترط لزوما لاكتساب العمل الارادى هذا الوصف أن تستهدف الدولة من ورائه ترتيب آثار قانونية بعينها.ولما كان من المألوف، فى العمل الدولى ، أن تقدم الدول والمنظمات الدولية — بارادتها الحرة — على اتخاذ مواقف معينة أو على القيام بأعمال ارادية متنوعة الطبيعة والأهمية دون ما استهداف لترتيب آثار قانونية بعينها ،فمن ثم ينبغى التمييز — بدقة— بين التصرفات القانونية (les actes juridiques) فى مفهومها الصحيح وهى الأعمال الارادية المستهدفة ترتيب آثار قانونية معينة ، وبين ما قد ما قد يختلط بها من أعمال أومواقف ارادية لا تستهدف الارادة — إذ تعبر عنها باخراجها إلى عالم المحسوسات — تحقيق أية آثار قانونية على الاطلاق ، حتى ولو اعتدت بها بعض قواعد القانون — فى مجال تنظيمها للعلاقات ما بين أشخاصه — مرتبة على واقعة وقوعها آثاراً قانونية معينة (٢) .

= Charles Rousseau, op. cit., p. 417.

(١) واضح من التعريف المبين فى المتن أن الايجاب والقبول كركنين للاتفاق الدولى لا يعتبران — فى نظرنا — من قبيل التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة فى مفهومها الدقيق ، لأن كلا منها لا ينتج — بذاته استقلالا — أية آثار قانونية ، بل تتوقف امكانية انتاجه لمثل هذه الآثار على التقائه بركن الاتفاق الآخر . ومن ثم يتضح أن مصدر الآثار القانونية فى حالة التقاء الايجاب والقبول هو الاتفاق الدولى المكون منهما لا كل منها على حدة .

Cf. Riccardo Monaco, Cours général de droit international public, R. C. A. D. I., 1968/3, t. 125, p. 180.

(٢) من الواضح ان الانسان إذ يقود سيارته فى طريق عام يقوم بعمل ارادى ولكنه لا يستهدف من وراء القيام به ترتيب أية آثار قانونية على الاطلاق ، ومن ثم لا يتصور اعتبار هذا العمل الارادى من قبيل التصرفات القانونية . ولكن القانون قد يعتد — فى حالات معينة — بهذا العمل الارادى مرتباً عليه آثاراًقانونية معينة لم تنصرف اليها ارادة الشخص علىالاطلاق=

هذا ومن أهم ما قد يختلط أحياناً بالتصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة مما تعتد به بعض قواعد القانون الدولي العام من مواقف الدولة الأخرى الارادية غير المتحلية بوصف التصرف القانوني ، ما قد تتخذه الدولة ــ خلال نزاع دولي بعينه ــ من مواقف ارادية يرتب القانون على اتخاذها لها منح طرف النزاع الآخر رخصة التمسك بالدفع المعروف في النظم الانجلوسكسونية باسم الـ Estoppel (١) . فالواقع أن الدولة

= مضفياً عليه بذلك وصف الواقعة القانونية (le fait juridique)لا التصرف القانوني (l'acte juridique) ، كما لو تجاوز قائد السيارة – في المثال السابق – سرعة بعينها ففي هذه الحالة قد يعتد القانون بهذا العمل الارادي مجرماً له ، وكما لو ترتب على قيادة السيارة الأضرار بالغير ففي هذه الحالة قد يعتد القانون بهذه الواقعة مرتباً عليها الالتزام بتعويض من أصابه الضرر .

ويتضح مما سبق أن اعمال الانسان الارادية تنقسم – من وجهة نظر القانون – إلى ثلاثة طوائف أساسية :

١ – طائفة التصرفات القانونية (les actes juridiques) وهي الأعمال الارادية المستهدفة ترتيب آثار قانونية بعينها ، وأهمها – في العمل – الاتفاق .

٢ – طائفة الوقائع القانونية (les fait juridiques) وتشمل كافة ما قد يعتد به القانون – في مجال تنظيم العلاقات ما بين المخاطبين بأحكامه – من الأعمال الارادية غير غير المستهدفة في ذاتها ترتيب آثار قانونية على الاطلاق .

٣ – ما لا يعتد به القانون من الأعمال الإرادية الأخرى غير المتصفة لا بوصف التصرف القانوني ، ولا بوصف الواقعة القانونية .

أنظر في التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية :

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, Tome 1 : Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires, Sirey, Paris, 1961, pp. 253 et s.

الأستاذ الدكتور حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٩ ، صفحة ٦٨٣ وما بعدها .

الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، صفحة ٣٣ .

وأنظر كذلك :

Michel Virally, La pensée juridique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 89 et s.

(١) يمكن تعريف الـ Estoppel – دون الدخول في الخصائص الفنية لهذا النظام الانجلوسكسوني – بأنه دفع يستهدف المستند اليه – من ورائه – الحكم بعدم قبول طلبات خصمه=

إذ تدفع بالـ Estoppel — خلال نزاع قضائى أو دبلوماسى معين — لا تبنى هذا الدفع بعدم القبول على سبق صدور تصرف قانونى معين عن الارادة المنفردة لطرف النزاع الآخر ، بل على سبق اتخاذ هذا الطرف — صراحة أو ضمناً — لموقف يتعارض ، بوضوح ، ودعواه الموجه اليها دفع الـ Estoppel (١) وواضح أن الحكمة فى ترخيص القانون للدولة طرف النزاع فى التمسك بهذا الدفع — متى توافرت شروطه — ترجع إلى أن اعتبارات حسن النية والثقة كثيراً ما تؤدى بهذه الدولة إلى اتخاذ مواقف معينة أو الاقدام على مسلك بعينه اعتماداً على سبق اتخاذ طرف النزاع الآخر للموقف (attitude) المعتمد عليه فى توجيه دفع الـ Estoppel ، وإلى أنه من شأن السماح له بتعديل موقفه — بعد اعتماد الطرف الآخر عليه فى تحديد مسلكه ومواقفه — الاخلال باعتبارات الثقة الواجب توافرها فى العلاقات ما بين الدول والحاق الضرر بهذا الطرف الأخير .

هذا ومن المتفق عليه أن تعبير الارادة عن مضمونها المستهدف ترتيب آثار قانونية بعينها لا يشترط فيه — ضرورة — أن يتم بأسلوب صريح ،

=المتعارضة وما سبق لهذا الخصم اتخاذه من مواقف صريحة أو ضمنية اعتمد عليها هو — بحسن نية واعتماداً على الثقة الواجب توافرها فى العلاقات الدولية — فى تحديد مسلكه موضوع النزاع .

أنظر فى تحديد المقصود بالـ Estoppel

Charles Rousseau, op. cit., pp. 387 — 389.

G. Venturini, op. cit., pp. 370 ets.

وأنظر على وجه الخصوص :

Christian Dominicé, A propos du principe de l'estoppel en droit des gens, Mélanges Paul Guggenheim, pp. 327 — 365.

L.C. Mac Gioblon, Estoppel in iternational law, I.C.L.Q., 1958, pp. 468 — 513.

D.W. Bowett, Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, B.Y.B I.L., 1957, pp. 157—202.

وأنظر أيضاً :

Bin Cheng, General Principles of law as applied by international courts and tribunals, Stevens & Sons Ltd., London, 1953, pp. 141—149.

(١) أنظر أستاذنا شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤١٧ .

إذ يستوى – فى مجال القانون – أن تعبر الارادة عن نفسها صراحة أو ضمناً (١)، بل وقد يعتد القانون – فى ظروف معينة – بمجرد السكوت (le silence) مضفياً عليه وصف التعبير عن الارادة (٢) . والراجح – فى رأينا – كذلك أن التعبير الصريح عن الارادة المنفردة لا يخضع – كقاعدة عامة – لشكل معين ومن ثم يستوى – من وجهة نظر القانون الدولى – ان يتم كتابة أو بطريقة شفوية ، وأن تعبر الدولة عن ارادتها المنفردة شفاهة لا يختلف –

---

(١) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 417.

(٢) من المتفق عليه أن القانون الدولى العام لا يشتمل على قاعدة عامة تضفى على مجرد السكوت – دوما – وصف التعبير عن الارادة . ولكن السكوت قد يكتسب هذا الوصف إذا ما اقترن به من ظروف الحال ما يقطع بأن الدولة قد تغيت بسكوتها التنازل عن البعض من حقوقها أو الاعتراف بوضع معين . ومن ثم يمكننا القول بأن القيمة القانونية للسكوت لا تخضع لقاعدة عامة ومحددة ، بل تتوقف على الظروف الخاصة الملابسة لكل حالة على حدة من حالات السكوت.

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الدولى قد اعتد بالسكوت كتعبير عن اراده الدولة الضمنية فى حالات عديدة منها :

1 — L'affaire des enclaves protugaises en Inde (Portugal c. Inde), C.I.J., arrêt du 12 avril 1960, Recueil, 1960, pp. 6 et s.

2. L'affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège), C.I.J. arrêt du 18 décembre 1951, Recueil, pp. 138—139.

3. L'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, (Honduras c. Nicaragua), C.I.J., arrêt du 18 novembre 1960, Recueil, 1960, p. 213.

4. L'affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Tha ilande) C.I.J., arrêt du 15 juin 1962, Recueil 1962, p. 6 et s.

أنظر فيما يتعلق بالقيمة القانونية للسكوت على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit., pp. 430 — 432.

G. Venturini, op. cit., pp. 374 et s.

Riccardo Monaco, op. cit., p. 178

D. Anzilotti, Cours de droit international, Traduction française par Cilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, p. 344.

Arrigo Cavaglieri, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I. 1929/1, t. 26, pp. 512 et s.

Eric Suy, op. cit., pp. 61 et s.

Bentz, Le silence comme manifestation de volonté en droit international public, R.G.D.I.P., 1963, pp. 44 et s.

فى قيمته القانونية – عن التعبير المكتوب ، وان أثار العديدمن الصعوبات فيما يتعلق باثباته (١) .

ومن الجدير بالذكر ، كذلك ، ان التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة تخضع فى رأينا – فيما يتعلق بشروط صحتها – لكل ما تخضع له الاتفاقات الدولية – فى هذا الصدد – من قواعد . ومن ثم ينبغى – عندنا – للاعتداد بالتصرف الدولى الصادر عن الارادة المنفردة أن يصدر ممن يتمتع بأهلية اصداره ، سليما من كافة عيوب الرضاء ، مشروع المحل والسبب (٢) .

---

(١) من المعروف ان المحكمة الدائمة للعدل الدولى قد انتهت ، فى حكمها الصادر فى الخامس من ابريل عام ١٩٣٣ فى القضية الخاصة بالوضع القانونى لجرينلاند الشرقية ، إلى أن تصريح إهلن (La déclaration Ihlen) الصادر شفاهة عن السيد إهلن وزير خارجية النرويج موجهاً إلى وزير الدانمارك المفوض يلزم – قانوناً – دولة النرويج .

Cf. C.P.J.I., Serie AB, No. 52, p. 69.

وأنظر كذلك أستاذنا شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤١٨ – ٤١٩ .

وأنظر أيضاً بول جاجنهايم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٧٦ .

(٢) أنظر فيما يتعلق بشروط صحة الاتفاقات الدولية :

مؤلفنا أصول القانون الدولى العام ، الطبعة الأولى ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ ، صفحة ٣٢١ وما بعدها .

الفصل الأول

التصرف الصادر عن الارادة المنفردة كمصدر لالتزام مصدره

المبحث الأول

الوعد (١)

٣ - المفهوم القانونى للصادر عن الارادة المنفردة من الوعود الملزمة .

ينصرف اصطلاح الوعد (la promesse) — فى هذا المجال — إلى كافة التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة لاحدى الدول ، المستهدفة انشاء التزام جديد على عاتقها تجاه شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولى الآخرين .

ويتضح من هذا التعريف أن الوعد — فى مفهومه الدقيق — تصرف مصدره ارادة الواعد المنفردة ، وان ارادة المستفيد منه لادخل لها البتة فى نشأته ، ومن ثم ينبغى التمييز بينه وبين ما يعرف — فى فقه القانون الدولى العام — بالوعود الاتفاقية (les promesses conventionnelles) وهى الالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية غير الملزمة الا لأحد أطرافها دون سائر الأطراف الآخرين (٢) سواء أفرغت مثل هذه الاتفاقية

---

(١) أنظر فيما يتعلق بالوعد على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit., pp. 423 — 426.
Paul Guggenheim, op. cit., pp. 279 — 280
G. Venturini, op. cit., pp. 396 — 405

وأنظر على وجه الخصوص :

Eric Suy. op. cit., pp. 109 — 152.

(٢) من المسلم به — فى فقه القانون الدولى العام — أنه لا يشترط فى المعاهدة ترتيب الالتزامات على عاتق كل من أطرافها . فكما يتصور استهداف الاتفاق الدولى انشاء الالتزامات =

فى وثيقة واحدة أو فى وثائق منفصلة متعددة (مثل الرسائل المتبادلة) ، وسواء تمت كتابة أو شفاهة أو بطريقة ضمنية . ومن الملاحظ أن التفرقة كثيراً ما تدق بين الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة والوعود ذات الطبيعة الاتفاقية عندما تأخذ تلك الأخيرة شكل القبول لايجاب ضمنى أو عندما يتم قبولها — كايجاب — بقبول غير صريح . والمعيار السليم للتميز بين هذين النوعين من الوعود انما يكمن — عندنا — فى ارتباط أو عدم ارتباط الوعد — فى الزامه — بمقابل معين أو بارادة أخرى متميزة سابقة أو لاحقة سواء تم التعبير عنها صراحة أو بطريقة ضمنية . فاذا كان الالتزام نتاجاً لارادة الواعد المنفردة وحدها — دون ما ارتباط بارادة غيرها — كنا بصدد وعد مصدره الارادة المنفردة . وإذا كان الالتزام لا يستند إلى ارادة الواعد وحدها ، بل اليها وإلى أخرى متميزة —صريحة أوضمنية، سابقة أو لاحقة— كنا بصدد وعد من الوعود الاتفاقية . ومن ثم يتضح أن العبرة ينبغى أن تكون دائماً بجوهر التصرف فى حقيقته لا بمظهره الخارجى ، إذ لا يؤثر فى اتصاف الوعد بوصف الوعد الاتفاقى أن يتم الايجاب (أو القبول) بصورة ضمنية غير صريحة وأن يتجلى ركن الاتفاق الآخر (ايجاباً كان أو قبولا) صريحاً فى صورة تصريح من جانب دولة واحدة بعينها ، ما دامت الارادة المنفردة

=المتبادلة على عاتق كل من أطرافه ، يتصور أيضاً استهدافه ترتيب الالتزامات على عاتق طرف واحد فقط دون ما مقابل لها على عاتق أطرافه الآخرين .

Cf. L. Oppenheim, International Law, vol. I : Peace, Eeight edition edited by H. Lauterpacht, Longmans Green and Co, London, 1958, p. 893

وأنظر على وجه الخصوص :

Paul Guggenheim, op. cit., p. 130.

هذا ومن أبرز أمثلة المعاهدات غير المنشئة للالتزامات الا على عاتقأحد طرفيها دون الآخر معاهدات تعيين الحدود المتضمنة تنازل أحد طرفى المعاهدة عن جزء من اقليمه للطرف الآخر دون ما مقابل من جانبه (أنظر جاجنهايم ، المرجع السابق ، صفحة ١٣٠ هامش١)،والاتفاقيات المعروفة باسم Les Concordats المبرمة بين الفاتيكان والكثير من الدول المسيحية وغير المسيحية والمتضمنة تعهد هذه الدول بضمان الحرية الكاثوليك من رعاياها إذ يمارسون شعائرهم الدينية دون ما التزام مقابل من جانب الفاتيكان (Cf. Eric Suy, op. cit., p. 112)

المعبر عنها بهذا التصريح ليست وحدها أساس الالتزام بل شاركتها فى انشائه ارادة أخرى ضمنية سابقة عليها أو لاحقة لها (١) .

ويتضح من التعريف السابق بيانه أيضاً أن الوعد — فى مفهومه الصحيح — نتاج للارادة المنفردة المستهدفة الزام نفسها قانوناً ، ومن ثم ينبغى التميز بينه وبين ما قد يصدر عن الدولة من تصريحات سياسية تعبر عن نواياها المحتملة غير مستهدفة تقييدها — قانوناً — بأى التزام . وغنى عن البيان أن التميز ، بين الوعد كتصرف قانونى ملزم وبين الوعد السياسى غير المتصف بالالزام ، أمر يتوقف — أساساً — على طبيعة الارادة الصادر

---

(١) من أبرز الأمثلة للوعود الإتفاقية فى جوهرها — بالرغم مما قد يوحى به مظهرها الخارجى من انتمائها إلى طائفة الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة — تلك الصادرة عن كل من فنلنده (فى السابع والعشرين من يونيو عام ١٩٢١) وألبانيا (فى الثانى من اكتوبر عام ١٩٢١) وليتوانيا (فى الثانى عشر من مايو عام ١٩٢٢) وليتفيا (فى السابع من يوليو عام ١٩٢٣) واستونيا (فى السابع عشر من سبتمبر عام ١٩٢٣) وبلغاريا (فى التاسع والعشرين من سبتمبر عام ١٩٢٤) واليونان (فى التاسع والعشرين من سبتمبر عام ١٩٢٤) والعراق (فى الثلاثين من مايو عام ١٩٣٢) ، والمتضمن كل منها التزام الدولة الصادر عنها بأن تطبق — فى اقليمها — الأحكام المتعلقة بحماية الأقليات المنصوص عليها فى معاهدات الصلح المنهية للحرب العالمية الأولى . وإذا كانت هذه الوعود تشتبه — ولا شك — فى مظهرها بتلك الصادرة عن الارادة المنفردة ، بالنظر لتضمين كل من الدول الواعدة التزامها فى تصريح من جانبها وحدها ، فلقد كانت — فى الحقيقة — وعوداً اتفاقية مصدر الزام كل منها اتفاق طرفاه عصبة الأمم والدولة الواعدة . ويلاحظ أن تصريح الدولة الواعدة كان — فى بعض الحالات — ايجاباً صريحاً بادرت العصبة إلى قبوله صراحة أو ضمناً ، وكان — فى حالات أخرى — قبولا صريحاً لعرض وجهه إلى الدولة الواعدة مجلس العصبة .

أنظر فى هذا الخصوص :

Eric Suy, op. cit., pp. 114 — 121.

أنظر كذلك :

L'avis consultatif de la C.P.J.I. du 6 avril 1935 dans l'affaire des écoles minoritaires en Albanie, Serie A B, No 64, pp. 15 — 16

ويلاحظ أن المحكمة الدائمة للعدل الدولى قد انتهت — فى هذه الفتوى — إلى أن تطبيق نظام حماية الأقليات فى ألبانيا قد نتج عن عرض من مجلس العصبة قبلته ألبانيا .

وأنظر أيضاً :

Charles Rousseau, op. cit. p. 423.

الوعد تعبيراً عنها وهل هى ارادة التزام أم ارادة ذات مضمون سياسى بحت . كما يتوقف – أيضاً – على نية الدولة من وراء اصدار وعدها ، وكلها أمور يمكن أن تستشف – عادة – بسهولة بالرجوع إلى صيغة الوعد وظروف الواقع المعاصرة لصدوره (١) .

ولا يفوتنا أن نشير كذلك إلى أنه يشترط – وفقاً لتعريفنا السابق – لاعتبار الوعد مصدراً متميزاً لالتزام مصدره قانوناً ، أن نكون بصدد ارادة تستهدف – إذ تعبر عن مضمونها – الزام نفسها بالتزام جديد ، لا مجرد تأكيد التزام سبق التزامها به نتيجة صدوره عن مصدر آخر من مصادر الالتزامات الدولية . ومن ثم ينبغى – فى رأينا – التميز بدقة بين الوعود الخالقة للالتزامات الجديدة ، وتلك المؤكدة لالتزامات مصدرها القائمة فعلا (les promesses-confirmations) ، والنظر إلى الأولى وحدها – باعتبارها من قبيل التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة المنشئة للالتزامات الدولية (٢) .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى :

Sir Gerald Fitzmaurice, The Law and procedure of the International Court of Justice (1951 — 1954), B.Y.B.I.L., 1967, p. 230, cité par Paul Guggenheim, op. cit., p. 279 note, 1, et par Eric Suy, op. cit., p. 149.

(٢) من أشهر الأمثلة للوعود المؤكدة لالتزامات مصدرها السابقة (les promesses-confirmations) التصريح الصادرعن ممثل اتحاد جنوب إفريقية فى الجمعية العامة لعصبة الأمم فى التاسع من أبريل عام ١٩٤٦ ، والتصريح الصادر عن رئيس وزراء هذه الدولة أمام اللجنة الرابعة التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة فى الرابع من نوفبر عام ١٩٤٦ والمتضمن كل منهما تعهد هذه الدولة بالاستمرار فى ادارة اقليم جنوب غرب افريقية وفقاً لأحكام نظام الإنتداب .

أنظر فى هذا الصدد :

Eric Suy. op. cit., pp. 136 — 140.

Charles Rousseau, op. cit., p. 426.

ومن أمثلة هذا النوع من الوعود كذلك التصريح الصادر عن ممثل بريطانيا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى قضية مافروماتيس والمتضمن تعهد حكومته بتنفيذ كافة ما قد ترى المحكمة أن بروتوكول لوزان قد أنشأه على عاتقها من التزامات . =

هذا ومن أشهر الأمثلة للوعود الدولية الصادرة عن ارادة الواعد المنفردة وحدها : التصريح الفرنسي البريطاني الصادر في الواحد والثلاثين من مارس سنة ١٩٣٩ والمتضمن تعهد هاتين الدولتين بتقديم المعونة العسكرية لبولنده إذا ما احتاجت اليها ، والتصريح البريطاني الصادر في الثالث عشر من ابريل سنة ١٩٣٩ المتضمن تعهد بريطانيا بتقديم المعونة العسكرية إلى كل من اليونان ورومانيا إذا ما احتاجت أي منهما هذه المعونة ، والتصريحين البريطاني والأمريكي الصادرين في الثلاثين والواحد والثلاثين من يوليو ١٩٤١ المتعلقين بضمان الوحدة الاقليمية لدولة بولنده ، والقانون الدستوري النمساوي الصادر في الخامس والعشرين من اكتوبر عام ١٩٥٥ المعلن حياد النمسا الدائم(١) والتصريح المصري الصادر في الرابع والعشرين من ابريل عام ١٩٥٧

= أنظر في هذا الصدد :

Eric Suy, op. cit., pp. 129 — 130.

وأنظر كذلك :

L'arrêt rendu le 26 mars 1925 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire Mavrommatis, C.P.J.I., Serie A, No5, p.37, et le contre-mémoire britannique, C.P.J.I., Serie C, No 7, vol. II, p. 213 et la plaidoirie de Sir D. Hogg, Idem, p. 188.

(١) من الجدير بالذكر ان الفقه الدولي قد اختلف حول تكييف الوعد الذي تضمنه هذا القانون. فبينما يتجه جانب لايستهان به من الفقه (Rousseau - Verdross - De Nova) إلى اعتباره وعداً ملزماً مصدر الزامه الارادة المنفردة للدولة الصادر عنها ، يعتبره فقهاء آخرون آخرون (Reut - Nicolussi و Kunz) من قبيل الوعود السياسية غير الملزمة، ويكيفه (Suy) بأنه من قبيل الاجراءات التنفيذية (un acte unilatéral d'exécution) لاحدى المعاهدات الدولية (مذكرة موسكو الصادرة في الخامس عشر من أبريل عام ١٩٥٥) مسلماً — مع ذلك — بأنه أكثر من مجرد اجراء تنفيذي وأنه قد خلق التزامات جديدة على عاتق النمسا .

أنظر في عرض هذا الخلاف الفقهي :

Eric Suy, op. cit., pp. 133 - 135

وأنظر كذلك :

Charles Rousseau, op. cit. p. 425

هذا وإذا كان مجال هذا المؤلف لا يتسع — بطبيعته — للدخول في تفصيلات هذا الخلاف الفقهي فحسبنا الاشارة إلى أننا من أنصار الرأي الأول .

المتعلق بنظام الملاحة فى قناة السويس (١) (٢) ومن أمثلة هذه الوعود

(١) تعرض الزميل الأستاذ الدكتور عبد العزيز سرحان فى الصفحتين ١٩٧ ، ١٩٨ من مؤلفه القانون الدولى العام (دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٩) . لبيان أهم ما تضمنه هذا التصريح من أحكام وهى :

١ – احترام اتفاقية القسطنطينية لعام ١٨٨٨ فيما يتعلق بحرية الملاحة فى قناة السويس .

٢ – استمرار رسوم المرور فى قناة السويس على ما كانت عليه عام ١٩٥٦ ، وإذاحدثت زيادة فى الرسوم خلال اثنى عشر شهراً فلن تتجاوز ١٪ . وأية زيادة أكثر من ذلك تتم بطريق المفاوضات ، فاذا تعذر الوصول إلى اتفاق ، لجأ الأطراف إلى التحكيم .

٣ – تتعهد الحكومة المصرية بصيانة القناة وتطويرها وفقاً لمقتضيات الملاحة الحديثة .

٤ – تدار القناة بواسطة هيئة قناة السويس التى أنشأتها الحكومة المصرية فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٦ ، مع ترحيب الحكومة المصرية بالتعاون بين الهيئة وممثلى الملاحة والتجارة . وتدفع رسوم المرور مقدماً لحساب هيئة قناة السويس ، وتقوم الهيئة بدفع ٥٪ من مجموع الايرادات كأتاوة للحكومة . ولا تستطيع الهيئة أن تمنح أى سفينة أو شركة أو جماعة أى امتياز أو رعاية لا تتمتع بها السفن أو الشركات أو الجماعات الأخرى فى الظروف ذاتها .

٥ – ترفع الشكاوى المتعلقة بالتفرقة فى المعاملة أو الاخلال بلائحة القناة إلى هيئة قناة السويس وفى حالة عدم الوصول إلى حل للشكوى يمكن عرض المسألة حسب رغبة الطرف الشاكى أوهيئة قناة السويس على محكمة التحكيم . وتتكون هذه المحكمة من عضو يعينه الشاكى وعضوتعينه الهيئة ، وعضو ثالث يختاره الاثنان . وفى حالة عدم الاتفاق على العضو الثالث يقوم رئيس محكمة العدل الدولية باختيار هذا العضو بناء على طلب أى من الطرفين ، وتصدر قرارات محكمة التحكيم بأغلبية أعضائها وتكون ملزمة للأطراف .

(٦) تسوى المنازعات والخلافات التى تنشأ بخصوص اتفاقية القسطنطينية سنة ١٨٨٨ أو التصريح ، طبقاً لميثاق الأمم المتحدة ، وتعرض الخلافات التى تنشأ حول تفسير أوتطبيق نصوص اتفاقية القسطنطينية سنة ١٨٨٨ على محكمة العدل الدولية إذا لم تحل بطريق آخر . ولقد قبلت الحكومة المصرية اختصاص محكمة العدل الدولية الالزامى فى هذا الشأن ، فاصدرت فى ١٨يوليو سنة ١٩٥٧ تصريحاً وفقاً للمادة ٢/٣٦ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية ، قبلت بمقتضاه الاختصاص الالزامى لهذه المحكمة فى كل المنازعات القانونية التى تنشأ عن تفسير أو تطبيق نصوص اتفاقية القسطنطينية سنة ١٨٨٨ »

هذا وجدير بالذكر أن من فقهاء القانون الدولى العام من يتشكك فى حقيقة اتصاف هذا التصريح بوصف الوعد المنشىء للجديد من الالتزامات الدولية ، مرجحاً اعتباره مجرد تأكيد لالتزامات مصر الدولية الناشئة عن اتفاقية القسطنطينية

(une promesse — confirmation)

أنظر فى هذا الصدد : =

كذلك تصريح هتلر الشفوى الصادر فى الواحد والعشرين من مايو عام ١٩٣٥ متضمناً تعهد ألمانيا باحترام سلامة النمسا ووحدة أراضيها ، والتصريحات الألمانية الصادرة فى الثلاثين من يناير عام ١٩٣٧ والثامن والعشرين من أبريل عام ١٩٣٩ والسادس والعشرين من أغسطس عام ١٩٣٩ والسادس من اكتوبر ١٩٣٩ والمتضمنة تعهد ألمانيا باحترام حياد هولندة وسلامتها ووحدة أراضيها ، ووعود ألمانيا باحترام حياد بلجيكا وسلامتها ووحدة أراضيها الصادرة فى الثلاثين من يناير ١٩٣٥ والثالث عشر من اكتوبر عام ١٩٣٧ والثامن والعشرين من ابريل عام ١٩٣٩ والسادس والعشرين من أغسطس عام ١٩٣٩ والسادس من اكتوبر عام ١٩٣٩ ، والوعد الألمانى الموجه إلى تشيكوسلوفاكيا فى الحادى عشر من مارس عام ١٩٣٨ ومثيله الموجه إلى نفس الدولة فى السادس والعشرين من سبتمبر عام ١٩٣٨ (٢) .

٤ — القيمة القانونية للوعود الصادرة عن الارادة المنفردة :

كان السائد فى الفقه والقضاء الدوليين حتى أوائل هذا القرن — اتباعاً لاراء كل من جروسيوس وبوفندورف — أن الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة ، على العكس من الوعود الاتفاقية ، لا تنشىء — بذاتها — أى التزام قانونى على عاتق مصدرها (٣) . وإذا كان من الفقهاء

= Charles Rousseau, op. cit., p. 425 — 426.
Eric Euy, op. cit., pp. 140 — 141.

(١) أنظر فيما يتعلق بهذه الأمثلة :
Charles Rousseau, op. cit., p. 425.

(٢) أنظر فيما يتعلق بهذه الأمثلة :
Eric Suy. op. cit. pp. 131 — 132.

(٣) من السوابق القضائية الصريحة فى هذا المعنى قرار التحكيم الصادر من البارون Lambermont بتاريخ ١٧ أغسطس ١٨٨٩ فى القضية الخاصة بجزيرة لامو .
Cf. La Sentence arbitrale du Baron Lambermont dans l'affaire de l'île de Lamu (Allemagne c. Angleterre) publiée dans Lafontaine, Lafontaine, Pasicrisie internationale, Histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794 — 1900), Berne, 1902, pp. 335 — 340, citée par Rousseau, op. cit., p. 254, et par Suy, op. cit., p. 120.

المعاصرين(١) من يرى — حتى يومنا هذا — هذا الرأى، فالراجح فى فقه القانون الدولى المعاصر أن الوعد الصادر عن ارادة الواعد المنفردة يلزم — قانوناً — مصدره، ومن ثم يتعين عليه تنفيذه وفقاً لاعتبارات حسن النية، ويعتبر مسئولا وفقاً لقواعد المسئولية الدولية — إذا ما تخلف عن ذلك. وإذا كان هذا الرأى الصائب — فى نظرنا — قد حظى بالتأييد الصريح من جانب عدد لا يستهان به من أئمة الفقه الدولى المعاصر أمثال روسو (٢) وريتر (٣) وجاجنهايم (٤) وبلادورى باليرى (٥) وسورنسن (٦) فقد توجته المحكمة الدائمة للعدل الدولى بقضائها (٧) مضفية عليه — بذلك — قيمة

---

(١) أنظر على سبيل المثال :

Rolando Quadri, op. cit., pp. 363 — 373.

(٢) Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 423 et s.

(٣) Cf. Paul Reuter, op. cit., p. 92

(٤) Cf. Paul Guggenheim, op. cit., pp. 279 — 280.

(٥) Cf. Balladore-Pallieri, Diritto internazionale publico, Septième édition, 1956, p. 315, cité par Eric Suy, op. cit., p. 148.

(٦) Max Soerensen, Principes du droit international pulic, R.C.A.D.I, 1960/3, pp. 57 — 58.

(٧) أنظر على وجه الخصوص :

L'arrêt rendu le 25 mai 1926 par le Cour permanente de justice internationale dans l'affaire relative à certains intérêts allemands en Haute — Silésie polonaise, Serie A, No 7 p. 13.

وقد انتهت المحكمة الدائمة — فى هذا الحكم — إلى القول بالتزام بولنده — قانوناً — بالوعد الصادر عن ارادتها المنفردة والمتضمن تعهدها بالامتناع عن تصفية ممتلكات أشخاص معينين.

أنظر كذلك :

L'arrêt rendu le 26 mars 1925 par le Cour permanente de justice internationale dans l'affaire Mavrommatis, Serie A, No 5, p. 37.

L'avis consultatif de la Cour internationale de justice en date du 11 juillet 1950 dans l'affaire du statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J.; Recueil, 1950, p. 135.

L'arrêt rendu le 18 juillet 1966, par la Cour internationale de justice dans les affaires du Sud - Ouest africain, C. I. J., recueil, 1966, p. 36.

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن الوعود التى انتهت المحكمتان إلى الزامها فى هذه القضايا الثلاث=

علمية وعملية ذات شأن عظيم (١) .

هذا وإذا كان جمهور الفقه الدولى قد انتهى إلى القول بتمتع الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة بوصف الالزام ، فقد ثار الخلاف الفقهى حول الأساس القانونى لهذه القوة الملزمة . إذ بينما اتجه فريق من الفقهاء إلى تأسيس هذه القوة الملزمة على قاعدة عرفية مقتضاها وجوب التزام الواعد بما يصدر عن ارادته المنفردة من وعود (promissio est servanda) بالمقابلة لقاعدة Pacta sunt servanda ، اتجه فريق آخر إلى القول بأن اعتبارات الثقة فى الكلمة المعطاة (la confiance dans la parole donnée) واعتبارات الطمأنينة القانونية (la sécurité juridique,) هى أساس ما تتصف به الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة من قوة الالزام (٢) . وعندنا أن تمتع هذه الوعود بوصف مصدر الالتزام ، انما يرجع – شأن الوعود فى هذا شأن كافة المصادر الأخرى للالتزام الدولى – إلى وجود قواعد قانونية عرفية غير مكتوبة تضفى عليها هذا الوصف إذا ما استكملت أركانها وكافة ما تشترطه هذه القواعد من شروط الصحة والنفاذ .

هذا ولا يفوتنا أن نشير – أخيراً – إلى أن الوعد الصادر عن الارادة المنفردة لا يكتسب قوته الملزمة كمصدر لالتزام الواعد الا بتوافر كافة شروط الصحة الرئيسية الواجب توافرها فى أى من التصرفات الدولية

=(حكم مافروماتيس ، والرأى الاستشارى ثم الحكم الصادرين فى خصوص اقليم جنوب غرب افريقية) ليست – فى الحقيقة – من الوعود المنشئة لجديد من الالتزامات (كالوعد البولندى الذى انتهت المحكمة الدائمة إلى الزامه فى قضية المصالح الألمانية) ولكنها من قبيل الوعود المؤكدة لالتزامات الواعد السابقة(les promesses - confirmations)

(١) من السوابق القضائية الرائدة – فى مجال القول بالزام الوعود الصادرة عن الارادة المنفردة – قرار التحكيم الصادر فى السادس عشر من أكتوبر عام ١٧٩٨ فى القضية المعروفة باسم قضية Fanny

Cf. R.S.A., Vol I, pp. 158 — 188, cité par Rousseau, op. cit., p.423

(٢) أنظر فى عرض مختلف ما قيل به من آراء فى هذا الصدد :

Charles Rousseau, op. cit., p. 424.
Eric Suy, op. cit., pp. 148 et s.

الصادرة عن الارادة المنفردة (أهلية المتصرف — سلامة رضائه من العيوب — مشروعية المحل والسبب) بالاضافة إلى شرط آخر مقتضاه ضرورة وصول مضمون الوعد إلى علم الدول الغير صاحبة المصلحة (١) . ويترتب على اشتراط هذا الشرط المتعلق بالعلم نتيجة فى غاية الأهمية مقتضاها جواز رجوع الواعد عن وعده خلال الفترة ما بين صدوره عن ارادته ووصوله إلى علم الغير ذى المصلحة ، واستحالة مثل هذا الرجوع بمجرد اتصال مضمون الوعد بعلم صاحب المصلحة (٢) .

وغنى عن البيان أن هذه الوعود تخضع — فى تفسيرها — لكل ما يخضع له الاتفاقات الدولية من قواعد التفسير . وفى مقدمتها مبدأ حسن النية والقاعدة القائلة بوجوب تفسير التزامات الملتزم وفقاً لقواعد التفسير الضيق (٣)

(١) لا يشترط — ضرورة — أن يصل مضمون الوعد إلى علم الغير صاحب المصلحة عن طريق الابلاغ المكتوب (la nottification) فى صورته الدبلوماسية المألوفة ، فقد يصل إلى علمه بالطريق الشفوى المباشر كما لو أخطر ممثل الدولة صاحبة المصلحة بالوعد شفاهة ، أو بالطريق الشفوى غير المباشر كما لو أخذ الوعد صورة خطبة علنية سواء ألقيت فى محفل دولى أو داخلى .
Cf. Eric Suy, op. cit., p. 150.
ويتضح مما سبق أن الوعد قد يصل فى كثير من الحالات إلى علم الغير ذى المصلحة فى نفس لحظة صدوره ، ومن ثم يستحيل الرجوع فيه ، وأن الرجوع فى الوعد لايتصور الا فى الحالات النادرة التى يفصل فيها بين لحظة صدوره ولحظة علم الغير صاحب المصلحة بمضمونه فاصل زمنى .

(٢) يترتب — فى رأينا — على رفض الغير صاحب المصلحة الافادة من مضمون الوعد انقضاء الالتزام الناشىء عنه ، ومن ثم لا يجوز له أن يعود — بعد الرفض — إلى المطالبة بتنفيذه . ويستوى فى هذا المجال أن يتم الرفض صراحة أو بأسلوب ضمنى .
Cf. Eric Suy, op. cit., p.150

(٣) أنظر أستاذنا شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤٢٤

المبحث الثانى

الاعتراف(١)

٥ — المفهوم القانونى للاعتراف .

من الملاحظ أن فقه القانون الدولى العام ، بالرغم من عنايته البالغة بالدراسة التفصيلية للبعض من صور الاعتراف مثل الاعتراف بالدول والحكومات الجديدة ، لم يعط دراسة الاعتراف — فى ذاته — كنظام من نظم القانون الدولى الرئيسية ما تستحق — فى نظرنا — من بحث وعناية ،(٢) ومن ثم ضاعت — أو كادت — طبيعته الذاتية وسط خضم وجهات النظر الفقهية المتباينة بتباين صوره وتطبيقاته ، بحيث لم يجد البعض من الفقهاء أى غضاضة فى القول بطبيعته المنشئة فى مناسبة معينة وبطبيعته الكاشفة

---

(١) أنظر :

Dionisio Anzilotti, op. cit., pp. 347— 348.
Charles Rousseau, op. cit., p. 426.
Paul Guggenheim, op. cit. pp. 275 — 267.
Eric Suy, op. cit., pp. 189 — 214.
G. Venturini, op. cit., pp. 395 — 396.

ومما كتب عن الاعتراف كذلك :

H. Lauterpacht, Recognition in internatianal law, Cambridge,1947

J. Charpentier, La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, Thèse, Paris, 1954 (éd 1956).

J.F. Williams, La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses dévloppements récents, R.C.A.D.I., 1933/2,

G. Venturini, II riconoscimento nel diritto internazionale, Milan, 1964.

(٢) من الجدير بالذكر أن الأستاذ الدكتور عبد العزيز سرحان ، بالرغم من أنه أكثر أكثر الفقهاء المصريين اهتماماً بدراسة «الأعمال المؤسسة على الارادة المنفردة» ، لم يخصص للاعتراف — فى مجال هذه الدراسة — غير ثلاثة أسطر إكتفى فيها بحصر تطبيقاته الرئيسية دون ما تعريف له ، أو تصد لمحاولة تكييف طبيعته الذاتية .

أنظر عبد العزيز سرحان ، المرجع السابق ، صفحة ١٩٨ .

فى مناسبة أخرى ، مخضعين — بذلك— تكييفهم له لظروف موضوعاته المتغيرة لا لطبيعته الذاتية الواحدة (١) .

وإذا كان مجال هذا البحث لا يتسع — بطبيعته— لمحاولة ارساء الدعائم الأساسية لنظرية عامة فى الاعتراف تستند فى بنيانها لطبيعته الذاتية وخصائصه الثابتة ، لا لما قد يحيط بالبعض من تطبيقاته الرئيسية من اعتبارات السياسة المتغيرة ، فحسبنا الاشارة إلى أن اصطلاح الاعتراف (recognition - reconnaissance) فى ذاته — وبصرف النظر عن موضوعاته المتغيرة — انما ينصرف إلى كل ما يصدر عن الارادة المنفردة لأى من أشخاص القانون الدولى العام من تصرفات قانونية من جانب واحد (actes juridiques unilatéraux) تستهدف الأقرار بقيام وضع دولى معين والتسليم بمشروعيته .

ويتضح من هذا التعريف أن الاعتراف كتصرف قانونى من جانب واحد ان هو الا تعبير عن الارادة المنفردة لمصدره ، ومن ثم يشترط لصحته توافر كافة شروط الصحة الواجب توافرها فى مختلف التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة . وإذا كان وجوب تمتع المعترف بالأهلية ، وسلامة رضاه من العيوب من الأمور المسلمة ، فقد يثور البحث حول مدى ضرورة تمتع محل الاعتراف وسببه بوصف المشروعية ، خاصة وجوهر الاعتراف نفسه انما يكمن فى اتجاه ارادة المعترف إلى الزام نفسه بالتسليم بمشروعية الوضع محل الاعتراف ، مما قد يفهم منه أن الاعتراف انما يرد — عادة — على غير المشروع من الأوضاع الدولية ، ومن ثم لا يشترط فى محله أو سببه التمتع بوصف المشروعية .

---

(١) فى مقدمة الفقهاء المخضعين تكييف الاعتراف لطبيعة موضوعاته المتباينة وظروفها ، الفقيه الايطالى Cavaglieri . وفى رأيه أن الاعتراف بالدولة تصرف من جانب واحد ذو طبيعة كاشفة ، وأن الاعتراف بالحكومة تصرف من جانب واحد ذو طبيعة منشئة .

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 190.

والراجح – عندنا – أن مشروعية محل الاعتراف وسببه من شروط صحته الجوهرية ، وأن اللبس انما يرجع إلى عدم وضوح المقصود بالمشروعية في هذا المجال . والواقع أن مفهوم المشروعية ومعيارها – في مجال دراسة الاعتراف – هو نفسه مفهوم المشروعية ومعيارها في مجال دراسة الاتفاقات الدولية . فالمحل أو السبب غير المشروع في الحالتين هو ذلك المتعارض واحدى قواعد القانون الدولي الآمرة . ويترتب ، على هذه النظرة لمفهوم المشروعية ، وجوب التسليم ببطلان الاعتراف المنصب على وضع يتعارض واحدى قواعد القانون الدولي الآمرة ، مثل الاعتراف – في هذا الفرض – مثل المعاهدة المتعارض مضمونها وقاعدة دولية آمرة . كما يترتب على هذه النظرة – أيضاً – القول بمشروعية الاعتراف المنصب على وضع يتعارض واحدى قواعد القانون الدولي العام المقررة ، وذلك المنصب على وضع يتعارض واحدى الالتزامات الدولية السابقة للدولة المعترفة أو تلك المستفيدة من الاعتراف ، مثل الاعتراف في الحالين – في ذلك – مثل الاتفاق الدولي المتعارض – في مضمونه – وقاعدة دولية مكملة أو اتفاق دولي سابق (١) .

(١) من الجدير بالذكر أن الكاتب Eric Suy رأياً في مشروعية محل الاعتراف يختلف اختلافاً كلياً ورأينا المبين في المتن . فالاعتراف غير مشروع المحل – عنده – هو الاعتراف الصادر عن دولة معينة خرقاً لسبق التزامها بعدم الاعتراف ، ولا يتصور – في رأيه – القول بعدم مشروعية محل الاعتراف في غير هذا الفرض وحده .

ويرجع هذا الرأي – في تقديرنا – لاعتبار صاحبه (كما أعلن في مؤلفه صراحة) كافة قواعد القانون الدولي العام من قبيل القواعد المقررة ، وانكاره احتواء النظام القانوني الدولي على البعض من القواعد الآمرة . ومن ثم لم ير ثمة مساس بالمشروعية في وقوع الاعتراف مخالفاً لأي من قواعد القانون الدولي العام ، وان قامت اللامشروعية – في رأيه – في حالة وقوع الاعتراف مخالفاً لالتزامات المعترف السابقة في نشأتها على صدور اعترافه .

Cf. Eric Suy, op. cit., p. 202.

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى أن مؤلف Suy المشار اليه قد صدر في عام ١٩٦٢ أي قبل قبل التوقيع على اتفاقية فيينا المقننة لأحكام المعاهدات بسنوات سبع كاملة ، ومن ثم لم يكن من الغريب أن يتجاهل في مؤلفه مناقشة ما تبنته هذه الاتفاقية – في مادتها الثالثة والخمسين – من اتجاهات تتعلق بمفهوم مشروعية المحل والسبب .

خلاصة القول ، إذن ، أن مفهوم مشروعية المحل والسبب — فى مجال صحة التصرفات الدولية أو بطلانها — يرتبط لزوماً ، فى رأينا ، بفكرة النظام العام الدولى ، ومن ثم لا نعتبر من قبيل التصرفات الدولية الباطلة — بالنظر لعدم مشروعية المحل أو السبب — غير تلك المتعارضة فى مضمونها أو غايتها واحدى قواعد القانون الدولى العام الآمرة . أما اتجاه الارادة — منفردة أو بالاتفاق مع مثيلة لها — إلى انشاء التزامات تتعارض وقواعدد ولية مكملة أو التزامات أخرى سابقة ، فلا يعتبر — فى رأينا — محلا غير مشروع أو من قبيل استهداف الغايات غير المشروعة ، ومن ثم لا يؤثر — عندنا — فى صحة التصرف اتفاقاً كان أو اعترافاً (١) .

ويتضح من التعريف السابق — أيضاً — أن الاعتراف لابد وأن ينصب على وضع دولى معين مستهدفاً الاقرار بوجوده والتسليم بمشروعيته ، ومن ثم لا يتصور الاعتراف بوضع غير موجود فعلا ، مالم يكن الاعتراف معلقاً على شرط وجوده (٢) .

والراجح — عندنا — أن الأوضاع التى قد يتجه الاعتراف إلى الاقرار بوجودها والتسليم بمشروعيتها لا تخضع لحصر معين ، وأن كل ما يشترط فى الوضع كمحل للاعتراف هو الوجود الفعلى أو احتمال الوجود (إذا ما كان الاعتراف معلقاً على شرط وجوده) والمشروعية (بالمفهوم السابق بيانه) ، ومن ثم يتصور أن يكون محل الاعتراف تصرفاً قانونياً (كمعاهدة من المعاهدات)

---

(١) غنى عن البيان أن التصرف الصحيح مشروع المحل والسبب (اتفاقاً كان أو من جانب واحد) قد يعتبر — بالرغم من مشروعية محله وسببه — من قبيل الأعمال الدولية غير المشروعة بالنظر لتعارضه مع أحد الالتزامات السابقة للدولة المتصرفة ، ومن ثم تعتبر هذه الدولة مسئولة دولياً فى مواجهة الدولة الدائنة فى علاقة الالتزام الأولى إذا ما أصابها الضرر نتيجة الاقدام على التصرف المتعارض وحقوقها الناشئة عن هذه العلاقة (علاقة الالتزام الأولى) . والواقع أنه لا ينبغى — مطلقاً — الخلط بين عدم مشروعية محل التصرف أو سببه كسبب من أسباب بطلانه ، وبين اتصاف التصرف الصحيح نفسه بوصف العمل غير المشروع المرتب لمسئولية المقدم عليه بالنظر لتعارضه والبعض من التزاماته الدولية السابقة .

(٢) Cf. Eric Suy, op. cit., p. 201.

أو واقعة ملموسة ذات أهمية دولية (مثل مولد احدى الدول الجديدة ، أو وصول حكومة جديدة إلى الحكم فى دولة قائمة) ، أو مركز قانونى معين (مثل الاعتراف للثوار بمركز المحاربين) ، أو ادعاء دولى معين (مثل الاعتراف بادعاء احدى الدول السيادة على اقليم معين) أو أى وضع دولى آخر (١) .

هذا وغنى عن البيان أن الاعتراف – شأنه فى هذا شأن سائر التصرفات القانونية – كما يتصور أن يتم صراحة ، يتصور أيضاً أن يتم بصورة ضمنية ، بل وقد يتم – أحياناً – بمجرد السكوت على وضع معين إذا ما اقترن السكوت بظروف حال لاتدع مجالا للشك فى انصراف ارادة الدولة المعنية – بسكوتها – إلى الاعتراف بالوضع محل البحث (٢) . ولا خلاف فى أن القيمة القانونية للاعتراف لا تختلف باختلاف صورته ، وإن أثار الاعتراف – إذا ما تم ضمناً – من صعوبات الاثبات ما لا يتصور أن يثيره إذا ما تم صراحة .

ومن الجدير بالذكر – أيضاً – أن الاعتراف وان اتخذ – عادة – صورة التصرف القانونى من جانب واحد ، الا أنه من المتصور – كذلك – أن يتم فى صورة اتفاق دولى ، سواء أسهم المستفيد من الاعتراف فى تكوينه أو اقتصر نطاقه على غيره من الدول (٣) .

---

(١) Cf. Charles Rousseau, op. cit. p. 426.

(٢) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 348.
Paul Guggenheim, op. cit., pp. 275 — 276.

ومن الجدير بالذكر – فى هذا الصدد – أن الدول كثيراً ما تفضل أن يتم اعترافها بالبعض من الأوضاع الدولية ضمناً ، لاصراحة ، لأسباب سياسية بحتة .

(٣) أنظر فى عرض ما ثار فى الفقه من خلافات حول تكييف الاعتراف إذا ما تم فى صورة اتفاق دولى :

Eric Suy, op. cit.., pp. 196 et s,
Riccardo Monaco, op. cit., p. 182 note 38

وأنظر كذلك :

Charle Rousseau, op. cit., pp. 426.

هذا ، وإذا كان المجال لايتسع لعرض كافة ما قيل به من آراء – فى هذا الشأن – تفصيلا ،=

٦ — القيمة القانونية للاعتراف .

من المعروف أن فقهاء القانون الدولى العام لم يهتموا بدراسة القيمة القانونية للاعتراف — فى ذاته — كنظام متميز من نظم هذا القانون ، بقدر ما اهتموا بدراسة طبيعته إذ ينصب على وضع دولى بعينه هو قيام الدول الجديدة . ومن المعروف أيضاً أنهم قد انقسموا — فى هذا الصدد — إلى اتجاهين رئيسيين ينادى أحدهما بأن الاعتراف — فى هذه الحالة — مجرد عمل كاشف (la théorie déclarative) ، وينادى الآخر بأنه من طبيعة منشئة (la théorie constitutive) .

ويرجع هذا الخلاف الفقهى — فى رأينا — إلى أن الفقهاء قد اهتموا فى مجال تكييفهم لطبيعة الاعتراف — بتحليل تأثيره على الوضع محله ، أكثر من اهتمامهم بتحليل طبيعته فى ذاتها . ومن ثم اختلف تكييفهم للاعتراف باختلاف تقديرهم لمقدار ما أضافه إلى (أو اضفاه على) الوضع محله.

ولو نظرنا إلى الاعتراف — فى ذاته — كتصرف من جانب واحد تستهدف الارادة المنفردة للمعترف إذ تعبر به عن نفسها الاقرار بقيام وضع دولى معين والتسليم بمشروعيته، لتبين لنا أنه لابد وأن يشتمل—ضرورة على مرحلتين متميزتين متعاقبتين ترتبط التالية منها بالسابقة لها ارتباط لزوم هما مرحلة الاقرار بوجود الوضع محل الاعتراف ، ومرحلة التسليم بمشروعيته

—والترجيح بينها ، فحسبنا الاشارة إلى أن من الفقهاء من يعترف بامكانية وقوع الاعتراف فى صورة اتفاق دولى وان كان الأصل فيه أن يتم فى صورة تصرف من جانب واحد ، وإلى أن منهم من يرى أن مثل هذا الاتفاق — بالرغم من مظهره — ليس — فى حقيقته — سوى التقاء عرضى لتصرفين (أو أكثر) من جانب واحد وليس بالاتفاق الدولى فى مفهومه الموضوعى السليم ، وإلى أن ثمة رأى ثالث يرى وجوب التمييز — فى هذا الصدد — بين حالتين : حالة اشتراك الدولة المستفيدة من الاعتراف فى الاتفاق المتضمن اياه ، وحالة ابرام هذا الاتفاق بين غيرها من الدول، منادياً باعتبار الاتفاق المتضمن للاعتراف — فى الحالة الأولى — من قبيل الاتفاقات الدولية فى مفهومها السليم ، وباعتباره — فى الحالة الثانية — مجرد مجموعة من التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة ، وإلى أن هذا الرأى الأخير — كما يبدو لنا بصفة مبدئية — هو أولى الآراء الثلاثة بالاتباع.

التالية منطقاً ، والمرتبطة لزوماً ، بمرحلة الاقرار الأولى الممهدة لها (١) .

وواضح من هذا التحليل لعملية الاعتراف — فى ذاتها — اننا إذا ما نظرنا إلى هذا التصرف القانونى — فى مرحلته الأولى — لتبين لنا ، بجلاء ، أنه مجرد اجراء ذى طبيعة كاشفة مقررة (de caractère déclaratif) وأنه — فى مرحلته الثانية — إذ ينشىء على عاتق المعترف التزاماً مقتضاه الامتناع عن المنازعة فى مشروعية موضوعه ، تصرف من طبيعة منشئة .
(de caratère constitutif)

خلاصة القول ، إذن ، أن الاعتراف تصرف قانونى من جانب واحد ذو طبيعة قانونية مزدوجة تنحصر فى كشفه عن وضع دولى بعينه ، وانشائه التزاماً على عاتق المتصرف مقتضاه الامتناع عن المنازعة فى مشروعية هذا الوضع ، يقابله حق المستفيد من الاعتراف فى الاحتجاج بمحله فى مواجهة المعترف كلما دعته إلى ذلك مصلحة له. ومن ثم يتضح أن الاعتراف لا يخلق وضعاً جديداً ، بل يكشف عن وضع موجود بالفعل ، وأنه مصدر التزام على عاتق المعترف يقابله بالضرورة حق للمستفيد من الاعتراف .

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى من فقهاء القانون الدولى العام (٢) من يرى أن للاعتراف — فى مجال العلاقات الدولية — وظيفة تماثل وظيفة التقادم (la prescription) فى مجال العلاقات الداخلية كسبب لأنقضاء الحقوق (التقادم المسقط) واضفاء وصف المشروعية على أوضاع الواقع غير المشروعة بالنظر لتعارضها ومضمون هذه الحقوق (التقادم المكسب) مؤسسين رأيهم على القول بأن القانون الدولى العام لا يعرف المبدأ — المسلم به فى معظم النظم

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 206 et s.

(٢) أنظر فى هذا المعنى :

Dinoisio Anzilotti, op. cit. p. 347 — 348.

Charles Rousseau, op. cit., p. 426.

وأنظر فى نقد هذا الاتجاه :

Arrigo Cavaglieri, op. cit., p. 516.

الداخلية – المضفى على مجرد مرور الزمن خاصية انهاء الحقوق غير المستعملة (التقادم المسقط) وتحويل أوضاع الواقع المستقرة إلى حقوق بالمعنى الصحيح (التقادم المكسب) .

وإذا كان مجال هذا البحث لا يتسع لمناقشة هذا الرأى تفصيلا ، فحسبنا الاشارة إلى أن مجرد مرور الزمن يكفى – فى رأينا – كسبب لانقضاء الحق أو اكتسابه فى مجال علاقات الدول ، وإلى أن خلو القانون الدولى العام من قاعدة تحدد بدقة مدة التقادم (كما هو الشأن فى القوانين الداخلية) لا يطعن فى معرفته للمبدأ نفسه . فالأصل فى فكرة التقادم هو مرور فترة من الزمن على وضع معين وهو فى حالة من الهدوء الاستقرار تبرر تدخل القانون لحمايته رعاية للأوضاع المستقرة . ولا شك – عندنا – فى أن مقدار هذه الفترة لا يشترط فيه – منطقاً – أن يكون متماثلا فى كافة الحالات ، بل قد يختلف من حالة إلى أخرى باختلاف ظروف الواقع المحيطة بكل حالة على حدة ، ومن ثم ينبغى أن يترك تقدير المدة المناسبة لكل وضع على حدة لقاضى الموضوع . وإذا كانت القوانين الداخلية قد دأبت على تحديد مدة تحكمية لكل مجموعة من الحالات (مميزة عادة بين التقادم الطويل والتقادم القصير) فلتسهيل مهمة القاضى إذ يفصل يومياً فى العديد من الحالات ، لا لاعتبارات فنية تفرضها طبيعة نظام التقادم فى ذاته ، ومن ثم لا نرى ثمة غضاضة فى احجام قانون الدول عن تحديد مدة تحكمية لما يعرفه من تقادم مسقط أو مكسب ، خاصة وأن حالاته الواقعية – فى مجال علاقات الدول – محدودة لا تشكل اعبئاً مرهقاً على القضاء إذ يتعرض لفحص كل منها بدقة ، فضلا عن تميز كل منها بظروفه الخاصة المتباينة وظروف غيره على نحو يندر أن تعرفه النظم الداخلية .

يضاف إلى ما سبق أن آثار التقادم آثار موضوعية – بطبيعتها – قابلة للاحتجاج بها فى موجهة الكافة (erga omnes) أما الاعتراف فنسبى فى آثاره غير القابلة للاحتجاج بها الا فى مواجهة المعترف وحده (مثله فى هذا مثل كافة التصرفات القانونية الأخرى) ، ومن ثم لا يتصور – فى رأينا –

النظر اليه – والحال كذلك – كبدبل لنظام التقادم ما دامت آثار كل منهما من طبيعة تختلف عن طبيعة ما يرتبه الآخر من آثار متميزة .

هذا ومن الجدير بالذكر – أخيراً – أنه لا يوجد ما يمنع المعترف – قانوناً – من تعليق اعترافه على شرط أو شروط معينة (١) أو تقييده بالبعض من التحفظات(٢) .

---

(١) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 348

(٢) Cf. Eric Suy, op. cit., p. 194.

الفصل الثانى

التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة كمصدر لالتزام الغير (١)

٧ – ارتباط ظاهرة التزام الدولة بالتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة لغيرها باحتواء النظام الدولى على علاقات جوهرها الخضوع .

من المسلم به – منطقاً – أن التزام الشخص غيره ، قانوناً ، بارادته المنفردة وحدها أمر لايتصور حدوثه فى ظل علاقات التنسيق (les rapports de coordination) القائمة – أساساً – على المساواة بين أطرافها (مثل علاقات القانون المدنى فى النظم الداخلية) ، بالنظر لارتباطه – لزوماً – بظاهرة منح النظام القانونى أحد أشخاصه اختصاص ممارسة السلطة فى مواجهة أشخاص آخرين ، ومن ثم ترتبط ظاهرة التزام الشخص بالتصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة لغيره – دوما وضرورة – بظاهرة احتواء النظام القانونى على علاقات طابعها الخضوع (les rapports de subordination) مثل علاقات القانون الادارى فى النظم الداخلية .

وبالتأمل فى واقع النظام الدولى – على ضوء هذه الفكرة المستندة فى منطوقها وأساسها إلى اعتبارات المنطق القانونىالدقيق – يتضح لنا أن هذا النظام لم يعرف ، ولم يكن من المتصور منطقاً أن يعرف ، ظاهرة التزام الدولة بالتصرفات الصادرة عن الارادةالمنفردة لدولة أخرى وقت أن كان–

---

(١) لم يتعرض لدراسة هذا النوع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة من كتاب المؤلفات العامة – وفى ايجاز ملحوظ – غير أستاذنا الجليل بول ريتير ، المرجع السابق، صفحة ٩٤ – ٩٨ .

فى جوهره – نظام تنسيق بين أشخاصه قوامه – أساساً – المساواة بينهم (١) وأن احتواءه – حديثاً – على علاقات جوهرها الخضوع ، نتيجة ظهور المنظمات الدولية ، قد أدى فى حدود ضيقة – وسيؤدى مستقبلا فى حدود أوسع – إلى ظهور التزامات دولية مصدرها المباشر الارادة المنفردة للبعض من المنظمات الدولية المتمثلة فى قراراتها الملزمة لاعضائها أو غيرهم من الدول والمنظمات الأخرى . وإذا كانت هذه الظاهرة لم تتبلور – بعد – وتكتمل ، فلحداثة الظاهرة المسببة لها (ظاهرة المنظمات الدولية) . وفى رأينا أن اطراد المنظمات الدولية فى ازدهارها الملموس سوف يؤدى – حتما – إلى تعدد

---

(١) من الجدير بالذكر – فى هذا الصدد – أنه لا يوجد ثمة تعارض بين تكييفنا ماتنظمه قواعد القانون الدولى التقليدية من علاقات الدول بأنها علاقات تنسيق بينهم ، وبين طبيعة نظرتنا إلى قاعدة القانون باعتبارها أمراً عاماً مجرداً تفرضه جماعة الدول (أو المسيطر عليها من فئات أعضائها) على كافة الأشخاص المكونين لها ، لا مجرد نتاج للتنسيق الذاتى بين أعضائها . ففرق كبير بين أن تكون القاعدة – فى ذاتها – نتاج تنسيق وبين أن يكون موضوعها هو التنسيق بين المخاطبين بحكمها. فالتنسيق الذاتى (الاتفاق) لا يملك – فى رأينا – انتاج قواعد القانون العامة المجردة بل مجرد الالتزامات . أما قاعدة القانون – المفروضة ضرورة – فقد يكون موضوعها مجرد التنسيق بين المخاطبين بها فى علاقاتهم الخاضعة لحكمها (قواعد القانون المدنى وقواعد القانون الدولى التقليدية) ، وقد تستهدف تنظيم علاقات جوهرها اخضاع بعض المخاطبين بها للبعض الآخر (قواعد القانون الادارى وقواعد القانون الدولى العام المنظمة لعلاقة المنظمات الدولية بالخاضع لسلطتها من أعضائها أو غير أعضائها) .

وفى رأينا أن طبيعة القانون الدولى – فى ذاته – لم تتغير بظهور المنظمات الدولية فقد كانت منذ نشأته طبيعة فرض من جانب الجماعة الدولية (أو المسيطر عليها) وخضوع من جانب أعضائها ، ولكن ظهور هذه المنظمات – وان لم يؤثر فى طبيعة القانون ذاته – قد أثر بوضوح فى طبيعة العلاقات الخاضعة له . فقد كانت – قبله – علاقات تنسيق بحت بين الدول ، ثم أدى ظهور المنظمات الدولية إلى ايجاد طائفة أخرى جوهرها الخضوع للبعض منها .

أنظر كذلك :

محمد سامى عبد الحميد ، القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولى العام ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، العدد ٢٤ ، ١٩٦٨ ، صفحة ١٢٥ وما بعدها .

وأنظر أيضاً فى التمييز بين علاقات التنسيق وعلاقات الخضوع :

Paul Reuter, Organisations internationales et évolution du droit, L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, Sirey, Paris, 1956, pp. 448 et s.

مظاهر التزام أشخاص النظام الدولى بالقرارات الصادرة عن الارادة المنفردة لما يعرفه من منظمات ، ومن ثم تبدو — جلية — أهمية دراسة هذه القرارات كمصدر للالتزام الناشىء عن ارادة الغير المنفردة .

٨ — قرارات المنظمات الدولية كمصدر للالتزامات الدولية الناشئة عن ارادة غير الملتزم المنفردة .

سبق أن بينا فى مقال نشرناه فى عام ١٩٦٨ عن القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية أن قرارات هذه المنظمات ذات الطبيعة القاعدية تعتبر من المصادر الرئيسية للقانون الدولى بالنظر لتعبيرها عن الارادة الشارعة الصريحة لجماعة الدول ككل أو لطائفة الدول المسيطرة على شئونها (١) . ولما كان من المسلم به — عملا ومنطقاً — أن من يملك الأكثر يملك بالضرورة الأقل ، وأن اختصاص وضع قواعد القانون العامة المجردة أسمى — فى طبيعته — من اختصاص خلق الالتزام كقاعدة سلوك فردية ملزمة ، فمن ثم لا يوجد مجال للشك — فى رأينا — فى أن قرارات المنظمات الدولية كما تملك وضع قواعد القانون الدولى ، تملك أيضاً — ومن باب أولى — خلق الالتزامات الدولية ، مثلها فى ذلك مثل القرار الادارى فى النظم الداخلية المتصف — باتفاق — بوصف المصدر لكل من قواعد القانون (اللائحة) والحقوق الشخصية (القرار الفردى) على حد سواء .

خلاصة القول ، إذن ، أنه إذا كان من قرارات المنظمات الدولية ما لا يستهدف أساساً — بالنظر لطابعه السياسى البحت — ترتيب أية آثار قانونية مباشرة (وإن أنتج — فى حالات بعينها — آثار قانونية غير مباشرة باسهامه فى ارساء البعض من قواعد العرف الدولى) ، فمنها المنشىء لقواعد القانون الدولى العامة المجردة ، ومنها — أيضاً — المنشىء الالتزام كقاعدة سلوك فردية ملزمة .

---

(١) أنظر مقالنا المشار اليه فى الهامش السابق .

هذا ومن أبرز الأمثلة لقرارات المنظمات الدولية المتصفة بوصف مصدر الالتزام تلك المحددة للالتزامات المالية لكل من أعضاء المنظمة فى مواجهة المنظمة نفسها ، وما قد يصدره مجلس الأمن من قرارات ملزمة بالتطبيق لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ، وكافة ما تختص المنظمات الأخرى باصداره من قرارات ملزمة .

ولا يفوتنا – أخيراً – أن نشير إلى أنه إذا كان لقرارات المنظمات الدولية الملزمة (les décisions) خاصية اضفاءوصف الالزام الدولى – فى مفهومه الدقيق – على ما قد تتضمنه من قواعد السلوك الفردية الموجهة إلى الدول الأعضاء (بل وغير الأعضاء (١) أو البعض من المنظمات الدولية الأخرى (٢) فى حالات معينة) فان ماقد تتضمنه توصياتها من قواعد السلوك الفردى المشابهة غير الملزمة لا تخلو بدوره من القيمة القانونية بالنظر لاتصافه – فى رأينا – بوصف الالتزام القانونى الناقص ، المترتب على اشتماله على عنصر المديونية (debitum) دون عنصر المسئولية (obligatio) المتوافرين معاً فى كافة الالتزامات الدولية الكاملة، ومنها تلك الناشئة عن قرارات المنظمات الدولية الملزمة (٣) .

---

(١) من المعروف أن اختصاص مجلس الأمن ، بحفظ السلم والأمن الدوليين لا يقتصر – فى نطاقه – على ما قد يقع بين أعضاء الأمم المتحدة وحدهم من منازعات تهدد الأمن والسلام فحسب ، بل يمتد أيضاً إلى سائر المنازعات الدولية المهدده لأمن العالم حتى ولو كان أحد أطرافها أو كلهم من غير أعضاء الأمم المتحدة .

(٢) من المعروف أن لمجلس الأمن الحق فى الاستعانة بالمنظمات الاقليمية عند اتخاذه تدابير القمع «ويكون عملها حينئذ تحت مراقبته واشرافه » (الماده ٥٣ /١ من ميثاق الأمم المتحده) .

(٣) أنظر فى عرض وجهة نظرنا المتعلقة بالطبيعة القانونية لما تصدره المنظمات الدولية من توصيات غير ملزمة ، وبيان ما استندنا اليه من حجج فى تكييفنا ما قد تتضمنه من قواعد سلوك فردية بأنه من قبيل الالتزامات الدولية الناقصة .

Mohamed Sami Abdel Hamid, Quelques réflexions méthodologiques sur les sources de la règle de conduite obligatoire en droit international public, Bulletin de la Faculté de Droit d'Alexandrie, pp. 51 et s.

محمد سامى عبد الحميد ، القيمة القانونية لقرارات المنظمات الدولية كمصدر لقواعد القانون الدولى العام ، المرجع السابق ، صفحة ١٢٢ وما بعدها .

٩ – مدى تمتع أحكام القضاء الدولى بوصف المصدر المنشىء للالتزامات الدولية .

إذا كانت قرارات المنظمات الدولية هى الصورة الرئيسية – فى رأينا – للتصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة المتمتعة بالقدرة على خلق الالتزامات على عاتق الغير ، فمن الجدير بالذكر أن أستاذنا الجليل بول ريتير يعتبر أحكام القضاء الدولى والقرارات الصادرة عن لجان التحكيم الدولية (les Sentences arbitrales) – فضلا عن قرارات المنظمات الدولية – من قبيل التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة المنشئة الالتزام على عاتق غير مصدرها (١) .

والواقع أننا بالرغم من تسليمنا بصحة اتصاف هذه الأحكام والقرارات بوصف التصرفات القانونية الصادرة عن الارادة المنفردة، لا نتفق مع ذلك مع أستاذنا الكبير فى اعتبارها – كقاعدة عامة – من قبيل المصادر المنشئة لجديد الالتزامات على عاتق الدول .

فالأصل – كما هومعروف – فى أحكام القضاء ، دولياً كان أو داخلياً، هو الكشف عن الحقوق محل النزاع القائمة بالفعل قبل وصوله إلى ساحة القضاء لا التصدى لانشاء حقوق جديدة . وإذا كان من أحكام القضاء الداخلى (مثل حكم مرسى المزاد ، وحكم شهر الافلاس ، والحكم بالتفرقة الجثمانية ، والحكم بتوقيع الحجر أو سلب ولاية الولى الشرعى) ما يتصف – استثناء – بالطبيعة المنشئة ، فمن المتفق عليه أن هذه الاستثناءات النادرة لا تمس أصل القاعدة ، وأن «الأحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها لأن وظيفة المحكمة هى أن تبين حق كل خصم بالنسبة لموضوع النزاع فهى لا تخلق للخصوم حقوقاً جديدة » (٢) ولا نعتقد أن وضع أحكام القضاء الدولى

---

(١) Paul Reuter, op. cit., pp. 97 — 98.

(٢) أنظر الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، دار المعارف بمصر ، ١٩٦٧ ، صفحة ٨١٢ – ٨١٣ .

يختلف – فى هذا الصدد – عن وضع الأحكام فى النظم الداخلية . فالأصل فيها هو حسم النزاع حول حقيقة وجود الحقوق المتنازع فيها لا أكثر ولا أقل ، ومن ثم فلا شك – لدينا – فى أنها – كقاعدة عامة – من قبيل التصرفات القانونية ذات الطبيعة الكاشفة لا المنشئة ، وأن اعتبارها – كقاعدة عامة – من قبيل مصادر الالتزام المنشئة أمر محل نظر كبير .

ومع ذلك فمن الجدير بالذكر أن البعض النادر من أحكام القضاء الدولى قد يتصف – استثناء – بالطبيعة المنشئة ، كما لو «وافق أطراف الدعوى» على منح المحكمة «سلطة الفصل فى القضية وفقاً لمبادىء العدل والانصاف» « ex aequo et bono » (المادة ٢/٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية) ، أو باعتبارها وسيطاً غير مقيد فى حكمه بقواعد القانون الوضعى أو الطبيعى بل بما يرى هو مناسبة تطبيقه من حلول (en amiable compositeur) (١) ، أو كما لو أتفق الأطراف على منح جهة القضاء الدولى سلطة وضع القواعد المنظمة لعلاقاتهم المستقبلة فضلا عن سلطة حسم النزاع القائم ذاته (Clause de règlement d'intérêts) (٢) . ولكن لما كانت حالات اتفاق الدول على تخويل جهات القضاء الدولى – محاكماً كانت أو لجان تحكيم – مثل هذه السلطات الاستثنائية حالات جد نادرة ، فمن ثم لا يسوغ فى رأينا اعتبار أحكام القضاء الدولى من قبيل المصادر المألوفة لالتزام الدول ، ما دام الأصل فيها هو اتصافها بالطبيعة الكاشفة المقررة ، وما دامت الأحكام الدولية ذات الطبيعة المنشئة (الصادرة فى أى من الحالات الثلاث السابق بيانها) محض استثناء نادر .

---

(١) Cf. Louis Delbez, Les principes généraux du droit international public, Troisième édition, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, pp. 482 — 483.

(٢) Cf. Louis Delbez, op. cit., p. 484

الفصل الثالث

التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة
غير المتصفة بوصف مصدر الالتزام

١٠ – تميز التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منها .

سبق أن عرفنا التصرف القانونى الدولى الصادر عن الارادة المنفردة بأنه «كل تعبير – صريح أو ضمنى – عن الارادة المنفردة لشخص واحد بعينه من أشخاص النظام القانونى الدولى ، متى استهدفت من ورائه – استقلالاً عن غيره من التصرفات الارادية – ترتيب آثار قانونية معينة» ، كما سبق أن أشرنا إلى أنه إذا كان من هذه التصرفات «المتصف بوصف مصدر الالتزام فى مواجهة مصدره وحده دون غيره من أشخاص المجتمع الدولى ، ومنها المتصف بوصف المصدر فى مواجهة مصدره والبعض من أشخاص القانون الدولى الآخرين» فان منها أيضاً «المفتقد لوصف المصدر بالرغم من صلاحيته لترتيب آثار قانونية أخرى متنوعة الطبيعة والأهمية» والواقع أن ما يستهدف التصرف الصادر عن الارادة المنفردة ترتيبه من آثار قانونية لا يشترط أن يكون – ضرورة – انشاء الجديد من الالتزامات عن عاتق مصدره أو غيره من أشخاص القانون الدولى العام ، فمن هذه التصرفات ما تنحصر آثاره القانونية فى تأكيد حقوق المتصرف والحفاظ عليها (الاحتجاج) ، ومنها المستهدف التخلى عن حقوق بعينها (التنازل) ، ومنها المتصف بوصف العمل الشرطى (الابلاغ) .

وبالنظر لما تتحلى به هذه التصرفات من أهمية لا ينبغى اغفالها فى مجال العمل والعلم ، فمن ثم سوف نتعرض لها بالدراسة تباعاً ، لتكتمل – بذلك –

أمام القارىء صورة التصرف الصادر عن الارادة المنفردة فى مجال العلاقات الخاضعة للقانون الدولى العام .

المبحث الأول

الاحتجاج(١)

١١ - المفهوم القانونى للاحتجاج .

ينصرف اصطلاح الاحتجاج (la protestation — protest) إلى التصرف الصادر عن الارادة المنفردة لشخص بعينه من أشخاص القانون الدولى العام — دولة كان أو منظمة دولية — والمتضمن اتجاه هذه الارادة إلى عدم الاعتراف بمشروعية وضع دولى معين — تصرفاً (un acte juridique) كان أو واقعة (un état de choses) أو مسلكاً (une conduite) أو ادعاء (une prétention) — بالنظر لمساسه بحقوق المحتج أو مصالحه ، أيا كان شكل التعبير عن الارادة المحتجة ، بشرط صدوره عن الجهاز المختص بالتعبير عن ارادة المحتج فى مجال العلاقات الدولية .

ويتضح من هذا التعريف أن الاحتجاج تصرف قانونى من جانب واحد ومن ثم يشترط لصحته توافر كافة شروط الصحة الواجب توافرها فى مثل هذا النوع من التصرفات الدولية (الأهلية — سلامة الرضا من العيوب —

---

(١) أنظر فيما يتعلق بالاحتجاج :

Charles Rousseau, op. cit. pp. 427 — 428.
Paul Guggenheim, op. cit., pp. 276 — 278.
Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 349
Riccardo Monaco, op. cit., pp. 185 — 186.
L. Oppenheim, op. cit., pp. 874 — 875.
Eric Suy, op. cit., pp. 47 — 80.
Arrigo Cavaglieri, op. cit., pp. 516 — 517.

وأنظر أيضاً :

I. C. Mc Gibbon, Some observations on the part of protest in international law, B.Y.B.I.L. 1953, pp. 293 — 319.

مشروعية المحل والسبب). (١) كما يشترط لصحته أيضاً صدور التعبير عن الارادة المحتجة عن الجهاز المختص بالتعبير عن ارادة الشخص الدولى المحتج فى مجال العلاقات الدولية ، ومن ثم لا يعتبر من قبيل الاحتجاج الجائز الاعتداد به قانوناً ذلك الصادر عن برلمان الدولة ، أو أى من أجهزتها الأخرى مهما كان وزنه السياسى ، ما دام من غير الأجهزة المختصة بالتعبير عن ارادتها دولياً (٢) .

كما يتضح من تعريفنا للاحتجاج ، أيضاً ، أنه — كما هى القاعدة العامة فى التصرفات الدولية — من التصرفات غير المشترط افراغها فى قالب شكلى بعينه . وإذا كان من المألوف توجيه الاحتجاج فى صورة مذكرة دبلوماسية مكتوبة (une note écrite) ، فمن المألوف — أيضاً — توجيهه فى صورة مذكرة شفوية غير مكتوبة (une note verbale) أو فى صورة مجرد تصريح شفوى (une simple déclaration orale) ، بل ومن المتصور — كذلك — أن تعبر الارادة المنفردة المحتجة عن نفسها باتخاذ البعض من المواقف القاطعة فى دلالتها على الاحتجاج (les actes concluants) كقطع العلاقات الدبلوماسية القائمة بين المحتج والمحتج ضده ، أو سحب سفير الأول لدى الثانى ، أو طرد سفير هذا الأخير لدى الدولة المحتجة ، أو الالتجاء إلى جهة قضائية دولية مختصة ، أو التقدم بالشكوى إلى أحد الأجهزة السياسية المختصة كمجلس الأمن أو الجمعية العامة للأمم المتحدة(٣) .

---

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., p. 48.

(٢) أنظر أنزيلوتى ، المرجع السابق ، صفحة ٣٤٩ .

وأنظر أيضاً شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤٢٧ وريكاردو موناكو ، المرجع السابق ، صفحة ١٨٦ .

(٣) أنظر فيما يتعلق بشكل الاحتجاج :

Eric Suy, op. cit., pp. 49 — 53.

ومن الجدير بالذكر — فى هذا الصدد — ان بعض الفقهاء يرون أن الاحتجاج قد يأخذ صورة القيام بأعمال الإنتقام العسكرية ، بل وقد يصل إلى اعلان الحرب (la déclaration de guerre) =

ومن الجدير بالذكر أيضاً أن الاحتجاج – وان كان لابد من توجيهه إلى الدولة أو المنظمة المسئولة عن الوضع محله – الا أن توجيهه إلى المحتج ضده لا يستلزم ضرورة ارساله اليه شخصياً ، فقد يرسل الاحتجاج إلى غير الموجه ضده دون أن يفقده هذا الأسلوب فى اتخاذه قيمته القانونية الكاملة . كما لو تم الاحتجاج الموجه (dirigée) ضد دولة بعينها فى صورة شكوى مرسلة (adressée) إلى منظمة دولية مختصة (الأمم المتحدة مثلا)(١) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير أخيراً إلى أن الاحتجاج كما يصدر عن الدول إذا حدث ما قد يمس حقوقها أو مصالحها ، قد يصدر – أيضاً – عن احدى المنظمات الدولية – فى حدود أهليتها المرتبطة فى نطاقها بشخصيتها الوظيفية – إذا ما رأت فى وضع دولى معين مساساً بحقوقها أو مصالحها الذاتية ، أو بحقوق أو مصالح أحد أعضائها ، أو بمصلحة دولية عامة تتصل بوظائفها (٢) .

١٢ – القيمة القانونية للاحتجاج .

تنحصر آثار الاحتجاج القانونية فى حفاظه على حقوق المحتج – بشرط وجودها فعلا – فى مواجهة الموجه الاحتجاج ضده ، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير التمسك فى مواجهة المحتج بمسلكه أو تصرفه أو ادعائه موضوع الاحتجاج ، ما لم تكن – فى ذاتها – مشروعة ، أى ما لم يكن المحتج غير محق فى احتجاجه المستند إلى حقوق مزعومة لا وجود لها فعلا .

=أوبدء عملياتها العسكرية (L'ouverture des hostilités) ولكننا – متفقين فى رأينا هذا وأستاذنا شارل روسو – لا نستطيع التسليم بوجاهة هذه النظرة لأن الاحتجاج ، كتصرف دولى مشروع ، لا ينبغى له – منطقياً – أن يتم من خلال أعمال لاشك فى خروجها على المشروعية الدولية .

أنظر فى هذا المعنى :

Charles Rousseau, op. cit., p. 427.
Eric Suy, op. cit. p. 52.

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 57 — 61.

(٢) Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 53 — 57

وواضح من هذا التحديد لآثار الاحتجاج القانونية أنه لا ينشىء — ولا يتصور أن ينشىء — للمحتج حقوقاً جديدة غير تلك الثابتة له بالفعل، وأنه — إذ تنحصر آثاره فى الحفاظ على حقوق المحتج الثابتة — لا يتصور انتاجه هذه الآثار إذا ما كانت حقوق المحتج المؤسس عليها احتجاجه مجرد حقوق مزعومة لا تستند إلى أساس من القانون سليم .

هذا وتبدو آثار الاحتجاج جلية فى حالة استناده إلى حقوق للمحتج ثابتة وحقيقية، إذ يترتب عليه — فى هذه الحالة — الحفاظ عليها، وقطع ما قد يستند اليه الموجه الاحتجاج ضده من تقادم مكسب (prescription acquisitive) من شأنه انشاء حقوق جديدة له تتعارض فى مضمونها وحقوق المحتج الثابتة (١) بشرط أن يكون مجرد الاحتجاج هو الوسيلة الوحيدة المشروعة المتاحة له فى سبيل الدفاع عن حقوقه المهددة بهذا التقادم (٢) .

---

(١) أنظر فى هذا الصدد :

Charles Rousseau, op. cit., 427 — 428.

Eric Suy, op. cit., pp. 71 et s.

وأنظر على وجه الخصوص القرار الصادر من لجنة الحدود الدولية (Intertinonal Boundary Commission) بتاريخ ١٥ مايو عام ١٩١١ فى القضية المعروفة باسم قضية El Chamizal بين المكسيك والولايات المتحدة الأمريكية، والمنشور فى المجلة الأمريكية للقانون الدولى عام ١٩١١ صفحة ٨٠٦ والمشار اليه فى روسو ، صفحة ٢٤٧ . وقد انتهت اللجنة فى هذا القرار إلى أن الاحتجاجات المكسيكية المتكررة الموجهة إلى الولايات المتحدة خلال الفترة ما بين عام ١٨٤٩ وعام ٨٩٥ من شأنها قطع ما تدعيه الولايات المتحدة من تقادم مكسب لو ثبت لكان من شأنه اكسابها السيادة على الأقاليم موضوع النزاع .

وأنظر كذلك :

L'arrêt rendu le 20 novembre 1950 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du droit d'asile, C.I.J., Recueil, 1950, pp. 277—278, cité par Rousseau, op. cit., p. 428.

L'arrêt rendu le 18 décembre 1951 par la Cour internationale de justice dans l'affaire des pêcheries, C.I.J., Recueil, 1951, p. 131, cité par Rousseau, op. cit., p. 428.

(٢) يرى بعض الفقهاء — بحق — أنه إذا كان فى مكنة المحتج الالتجاء إلى وسائل أخرى أقوى من مجرد الاحتجاج الدبلوماسى للدفاع عن حقوقه (مثل الالتجاء إلى جهة قضائية مختصة)=

ويشترط لانتاج الاحتجاج أثره القانونى – المنحصر فى الحفاظ على حقوق المحتج وقطع ما قد يهددها من تقادم مكسب – أن يكون واضحاً فى مضمونه جلياً (dépourvue d'équivoque)، وأن يستمر ما أستمرالوضع محله (répétée et non isolée)، والا يتقاعس المحتج فى توجهه إلى المحتج ضده بمجرد علمه بالوضع محل الاحتجاج (non tardive) ، وألا يبدو من سلوك المحتج اللاحق له ما يقطع بعدوله عنه (١) .

هذا ويترتب على سكوت الدولة (أو المنظمة الدولية) عن الاحتجاج على ما قد يمس حقوقها من أوضاع دولية تعلمها وتدرك حقيقة تهديدها لهذه الحقوق – دون ما مبرر سائغ لهذا السكوت – افتراض تسليمها بمشروعية الوضع المتعارض وما لها من حقوق ، وبالتالى جواز الاحتجاج به فى مواجهتها (٢) .

= ولكنه تقاعس عن استخدام هذه الوسائل مكتفياً بمجرد الاحتجاج الدبلوماسى، فن شأن هذا التقاعس سلب احتجاجه أثره القانونى المنحصر فى قطع التقادم ، إذ لا يترتب على مجرد الاحتجاج احداث هذا الأثر – فى رأيهم – ما لم يكن وسيلة المحتج الوحيدة فى الزود عن حقوقه .

Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 72 et s.

(١) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 428.

(٢) Cf. Paul Guggenheim, op. cit., pp 277 — 278.
Eric Suy, op. cit., pp 61 et s.

وأنظر كذلك :

La sentence arbitrale du 24 mars 1922 rendue par le Conseil fédéral suisse dans l'affaire des frontières colombo-Vénézuéliennes, R S.A., t. II, pp. 1307 - 1366, cité par Suy, op. cit., p. 68 note 64 et par Guggenheim, op. cit., p. 278.

L'arrêt rendu le 18 décembre 1951 par la Cour internationale de justice dans l'affaire des pêcheries, C.I.J., Recuiel, 1951, pp. 138 et s. cité par Suy, op.cit., p. 65.

L'arrêt rendu le 12 avril 1960 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du droit de passage sur territoire indien, C.I.J., Recueil, 1960, pp. 6 et s., cité par Suy, op. cit., p. 66.

L'arrêt rendu le 18 novembre 1960 par la Cour internatinale de justice dans l'affaire de la sentence rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1960, C.I.J., Recueil, 1960, p. 213, cité par Suy, op. cit., pp. 66 — 67.

المبحث الثانى

التنازل (١)

١٣ — المفهوم القانونى للتنازل .

ينصرف اصطلاح التنازل (La renonciation — renunciation)
— كتصرف دولى من جانب واحد — إلى اتجاه الارادة المنفردة لأى من أشخاص القانون الدولى العام إلى التخلى عن واحد أو أكثر مما له من حقوق أو اختصاصات أو دعاوى أو دفوع ، ثابتة كانت أو مجرد ادعاء ، سواء تم التعبير عن ارادة التخلى صراحة أو بأسلوب ضمنى قاطع فى دلالته عليها.

ويتضح من هذا التعريف أننا لا نقصر القابلية للتنازل (la renonciabilité) على الحقوق الشخصية وحدها كما يرى البعض من الكتاب (٢)، فمن الجائز — فى نظرنا — أن يكون محل التنازل حقاً أو اختصاصاً أو دعوى أو دفعاً أو مجرد ادعاء (٣) . ومن الجائز فى نظرنا — أيضاً — أن يرد التنازل

---

(١) أنظر فيما يتعلق بالتنازل على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit., pp. 428 — 430
Paul Guggenheim, op. cit. pp. 280 — 282
L. Oppenheim, op. cit., pp. 875 — 876
Arrigo Cavaglieri, op cit., pp. 517 — 518.
Dionisio Anzilotti, op. cit., pp. 349 — 351
Riccardo Monaco, op cit., pp. 184 — 185.
G. Venturini, op cit., p.394
Eric Suy, op. cit., pp. 153. - 187

(٢) Cf. Eric Suy , op. cit., pp. 166 ets

(٣) من أنصار هذا الرأى أيضاً أستاذنا الجليل شارل روسو ، المرجع السابق ، صفحة ٤٢٩ هذا ومن أهم السوابق القضائية الصريحة فى امكانية التنازل عن الدفوع ، استخلاص محكمة العدل الدولية — فى حكمها التمهيدى الصادر فى الخامس والعشرين من مارس عام ١٩٤٨ فى قضية مضيق كورفو — لتنازل ألبانيا عن الدفع بعدم القبول ، المؤسس على بطلان اجراءات رفع الدعوى من جانب المملكة المتحدة ، من مذكرتها الموجهة إلى المحكمة فى الثانى من يوليو عام ١٩٤٧

Cf. L'arrêt rendu le 25 mars 1948 par le Cour internationale de

على أى من حقوق الدولة أيا كانت الطبيعة القانونية للحق موضوع التنازل، ومن ثم لا نسلم بما يراه بعض الفقهاء من وجوب التمييز بين القابل للتنازل عنه من الحقوق الدولية وما لا يقبل منها التنازل عنه، أيا كان معيار التمييز المقترح(١).

---

justice dans l'affaire du detroit de Conrfou (Exception prélminaire), C.I.J., Recueil, 1947 — 1948, p. 27

أنظر كذلك تكييف محكمة العدل الدولية – فى حكمها التمهيدى الصادر بتاريخ الرابع والعشرين من يوليو ١٩٦٤ فى القضية الخاصة بشركة برشلونة ذات المسئولية المحدوده للجر والانارة وتوليد القوى – التنازل عن المطالبة القضائية (le désistement) بأنه ، فى جوهره ، تصرف من جانب واحد .

Cf. L'arrêt rendu le 24 juillet 1964, par le Cour internationale de justice dans l'affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, entre le Belgique et l'Espagne (Exceptions préliminaires), C.I.J., Recueil, 1964, p. 20.

وأنظر فى القول بالطبيعة الاتفاقية لهذا التصرف :

Eric Suy, op. cit., pp. 175 et s.

(١) يرى بعض الفقهاء أن الحق لا يجوز التنازل عنه متى كان الاحتفاظ به ضرورياً لتنفيذ الدولة ما على عاتقها من التزامات فى مواجهة غيرها من الدول .

Cf. Riccardo Monaco, op. cit., p. 184 p.
Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 350 .
Arrigo Cavaglieri, op cit, p. 518

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن الدولة لا تملك التنازل عن حقوقها الجوهرية (les droits fondamentaux) المرتبطة لزوماً بما لها من شخصية ، مثلها – فى ذلك – مثل الفرد فى النظم الداخلية ، وان امكنها التنازل عن شخصيتها كاملة بالاندماج فى دولة أخرى .

Cf. Arrigo Cavaglieri, op. cit., p. 518, et les autres auteurs cités par Eric Suy, op. cit., p. 166 et s.,

والواقع – فى رأينا – أن الشخص كما يملك ابرام التصرفات القانونية المتعارضة والتزاماته السابقة دون أن يؤثر هذا الوضع فى صحتها ، يملك أيضاً التنازل عن الحقوق المتوقف على احتفاظه بها تنفيذ ما على عاتقه من التزامات ، كما يملك كذلك – بداهة – الامتناع عن تنفيذ التزاماته دون ما سند أو مبرر ، وان ترتب على هذه المواقف كلها التزامه بتعويض الدائن .

أما القول بأن من الحقوق الدولية مالا يجوز التنازل عنه بالنظر لارتباطه الوثيق بجوهر الشخصية ، فزعم يتعارض – تعارضاً صارخاً – وما جرى عليه العمل ، وما استقر عليه القضاء . إذ لا شك فى أن أهم ما تملكه الدولة من حقوق هو حقها فى السيادة والاستقلال ، ولاشك كذلك فى أن الدول كثيراً ما تتنازل عن سيادتها جزئياً إذ تتخلى اتفاقياً عن جزء من اقليمها ، بل وكثيراً أيضاً =

ويتضح من تعريفنا التنازل — أيضاً — أن ارادة التنازل لا تخضع — في نظرنا — فى التعبير عنها لأى شكل خاص ، مثل التنازل فى هذا مثل سائر التصرفات الدولية . ومن ثم فكما يتصور التعبير عنها صراحة ، يتصور التعبير عنها كذلك بصورة ضمنية إذ يتخذ المتنازل من المواقف ما لا يدع أى مجال للشك فى انصراف ارادته إلى التخلى . بل وقد يفيد السكوت — إذا ما اقترن بظروف حال قاطعة فى دلالتها — اتجاه الارادة إلى التخلى عن حق بعينه ، كما لو سكتت احدى الدولة عن الاحتجاج على وضع يتعارض وأحد حقوقها رغم ابلاغها به رسمياً .

هذا ولا يوجد — فى رأينا — أى تعارض منطقى أو عملى بين هذا المبدأ المسلم به فقهاً وقضاء ، وبين مبدأ آخر أجمع عليه — بدوره — الفقه والقضاء مقتضاه أن التنازل لا يفترض (١) إذ لا يعنى هذا المبدأ الأخير ضرورة —

ما تتنازل عن سيادتها كاملة إذ تندمج فى دولة أخرى . وقد أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولى = هذا المبدأ فى رأيها الاستشارى الصادر فى الخامس من سبتمبر ١٩٣١ بقولها أن التزام النمسا — وفقاً للمادة الثامنة والثمانين من معاهدة سان جرمان — بعدم التنازل عن استقلالها الا بموافقة مجلس العصبة ، التزام وارد خلافاً للأصل العام فى هذا الشأن ، وأن الأصل أنه للنمسا — مثل أية دولة أخرى — مطلق الحرية فى التصرف فى استقلالها كما تشاء .

Cf. L'avis consultatif du 5 Septembre 1931 rendu par la Cour permanente de justice internationale au sujet de Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, C.P.J.I., Serie A/B, No 41, p. 45, cité par Eric Suy, op cit., p. 168.

(١) أنظر كمثال للأحكام المشار فيها صراحة إلى مبدأ عدم جواز افتراض التنازل :

1. La sentence arbitrale rendue le 1er août 1870 par le président du Chili J. Perez dans l'affaire de la fermeture de Buenos Aires entre l'Argentine et la Grande Bretagne, R.S.A, vol. II, p. 648.

2. La sentence arbitrale rendue le 10 juin 1931 par le comte Carton de Wiart dans l'affaire Campbell entre la Grande-Bretagne et le Portugal, R.S.A., vol. II, p. 1156.

3. La sentence arbitrale rendue le 18 juillet 1932 par le professeur Eugène Borel dans l'affaire du navire Kronprinz Gustav Adolf entre les Etats-Unis et la Suède, R.S.A., vol II, p 1299, et A.J., 1932 ,p 861 et s

4. L'arrêt rendu le 7 Septembre 1927 par la Cour perma-

كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ــ أن التنازل لابد وأن يتم صراحة، بل يعنى القاء عبء اثبات التنازل على من يدعى وقوعه ، ووجوب التحرز فى قبول ما يعد دليلا على وقوع التنازل الضمنى من تصرفات الدولة المنسوب اليها هذا التصرف . ومن المتفق عليه ــ فى هذا الصدد ــ أن مجرد قعود الدولة عن استعمال حق لها (le simple non - exercice d'un droit) لا يعد من قبيل التنازل الضمنى عنه (١) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير ــ أخيراً ــ إلى أن التنازل كما يتم أحياناً نتيجة تصرف من جانب واحد ، قد يتم ــ فى أحيان أخرى ــ نتيجة اتفاق بين المتنازل وشخص آخر أو أكثر من أشخاص القانون الدولى العام الآخرين . غير أن التنازل إذ يتم بتصرف من جانب واحد لا يتصور الا أن يكون تنازل انخلاع (renonciation abdicative) ينحصر أثره فى انهاء حقوق المتنازل محل تنازله دون نقلها إلى غيره ، أما التنازل الاتفاقى فمن المتصور أن يكون تنازل انخلاع ومن المتصور أيضاً أن يكون تنازل نقل (renonciation translative) لا يقتصر أثره على انهاء حقوق المتنازل

---

nente de justice internationale dans l'affaire du Lotus, C.P.J.I., Serie AB, No 22, p 18

5. L'arrêt rendu le 15 juin 1954 par la Cour internationale de justice dans l'affaire de l'or monétaire pris à Rome, C.I.J. Recueil, 1954, p. 30

6. L'arrêt rendu le 6 avril 1955 par la Cour internationale de justice dans l'affaire Nottebohm, C. I. J. Recueil, 1955, pp 19 — 20

وانظر كذلك :

Charles Rousseau, op cit , p 429
Eric Suy, op cit , pp 159 — 164
Arrigo Cavaglieri, op cit , p 518
Riccardo Monaco, op cit , p 184

(١) Cf. Paul Guggenhiem, op. cit., p. 281.
Arrigo Cavaglieri, op ci.,t p. 518
Eric Suy, op. cit., pp. 165.

موضوع تنازله ، بل يترتب عليه — أيضاً — نقل الحق محل التنازل إلى طرف الاتفاق الآخر (١) .

١٤ — القيمة القانونية للتنازل :

تنحصر آثار التنازل أساساً فى انقضاء الحق أو الدعوى موضوع التنازل إذا كان محله حقاً من حقوق المتنازل أو دعوى بدأ بالفعل اجراءات رفعها أمام القضاء ، وفى عدم جواز تمسك المتنازل بما تنازل عنه من دفوع أو أو ادعاءات إذا كان محل تنازله أحد دفوعه أو ادعاءاته .

ومن المتفق عليه أن مضمون التنازل يخضع فى تفسيره لقواعد التفسير الضيق ،ومن ثم ينبغى تفسير التنازل على النحو الذى يحصر مداه فى أضيق حد ممكن. فاذا ثار الشك—مثلا—حول ما إذا كان مضمون التنازل هو التخلى عن حق معين أو مجرد النزول عن استعماله خلال فترة معينة ، وجب الأخذ بالتفسير الأخير . وإذا ما ثار الشك حول اقتران التنازل بشروط معينة أو صدوره خلواً من أى شرط أوقيد،وجب تغليب التفسير الأول،وهكذا ..(٢)

ومن الجدير بالذكر فى هذا المجال كذلك أن الفقهاء قد اختلفوا حول مدى امكانية رجوع المتنازل عن تنازله بعد صدوره عن ارادته المنفردة ،

---

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., pp. 154 et s.
Paul Guggenheim, op. cit., p. 280.

هذا ومن أشهر الأمثلة لتنازل الانخلاع الاتفاق تنازل الدول صاحبة الامتيازات عن امتيازتها (les Capitulations) بمقتضى اتفاقيات بينها وبين كل من الدول الخاضعة النظام الامتيازات (مثل اتفاقية مونتريه المبرمة بين مصر والدول صاحبة الامتيازات فى عام ١٩٣٧) ، وتنازل الاتحاد السوفييتى عن طلبات التعويض الموجهة منه إلى اليابان بمقتضى التصريح السوفيتى اليابانى المشترك الصادر فى التاسع عشر من اكتوبر عام ١٩٥٦ . ومن أشهر الأمثلة الحديثة للتنازل الاتفاق الناقل تنازل ألمانيا فى المادة ١١٩ من معاهدة فرساى عن كافة حقوقها على ممتلكاتها فيما وراء البحار إلى الدول المتزعمة للتحالف المنتصر فى الحرب العالمية الأولى .

Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 428 — 429

(٢) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 351
Riccardo Monaco, op. cit., p. 185

وأن منهم من يرى جواز الرجوع عن التنازل فى الفترة ما بين صدوره عن ارادة المتنازل المنفردة ووصوله إلى علم المستفيد منه مسلمين بعدم جواز الرجوع عنه بعد اتصاله بعلم المستفيد حماية للأوضاع المستقرة ، بينما يرى آخرون استحالة الرجوع عن التنازل اعتباراً من لحظة صدوره وحتى خلال الفترة السابقة على اتصال مضمونه بعلم المستفيد . وفى رأينا أن هذا الخلاف الفقهى ــ بالرغم من طرافته النظرية ــ لم تعد له الآن ، عملا ، أهمية تذكر بالنظر لما ترتب على التقدم المذهل فى وسائل الاتصال الدولية من ندرة تأخر وصول مضمون التنازل إلى علم المستفيد عن لحظة صدوره نفسها (١) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير ــ أخيراً ــ إلى أن التنازل كتصرف من جانب واحد لا يتصور الا أن يكون تنازل انخلاع ، وإلى أن الارادة المنفردة إذا ما اتجهت إلى التنازل عن حق معين تنازل نقل لا يعتبر مضمونها ــ فى هذه الحالة ــ تصرفاً من جانب واحد بل مجرد ايجاب موجه إلى من يراد نقل الحق اليه ليس من شأنه ترتيب أية آثار قانونية الا بقبول هذا الأخير له ، الأمر الذى يترتب عليه خلق اتفاق موضوعه نقل الحق من المتنازل إلى المتنازل اليه (٢) .

المبحث الثالث

الابلاغ (٣)

١٥ ــ المفهوم القانونى للابلاغ :

الابلاغ (notification) تصرف دولى من جانب واحد قوامه اتجاه

---

(١) Cf. Eric Suy, op. cit., p. 184 — 185

(٢) Cf. Eric Suy, op. cit., p. 183

(٣) أنظر فيما يتعلق بالابلاغ على وجه العموم :

Charles Rousseau, op. cit. pp. 420 — 422

Dionsio. Anzilotti, op , cit., pp. 346 — 347

Paul Guggenheim, op. cit., pp 274 — 275 =

الارادة المنفردة لشخص بعينه من أشخاص القانون الدولى العام إلى احاطة شخص دولى آخر علماً ، وبصورة رسمية ، بوضع دولى معين مستهدفاً بذلك تحقيق آثار قانونية بعينها .

والابلاغ بهذا المفهوم تصرف شكلى لا يتصور – فى رأينا – أن يتم الا صراحة ، وفى صورة مذكرة مكتوبة توجه إلى المبلغ بالطريق الدبلوماسى المألوف . ومن ثم يتميز – بهذا الطابع الشكلى – عن سائر التصرفات الدولية الصادر عن جانب واحد المتصفة – كلها – بالطبيعة الرضائية البحتة .

هذا والراجح – فقهاً – أن الأوضاع الدولية القابلة للابلاغ لا تخضع لحصر معين ، ومن ثم فمن الجائز للدولة (أو المنظمة الدولية فى حدود وظائفها) ابلاغ غيرها من الدول (أو المنظمات) بأى وضع دولى يخصها – تصرفاً كان أو واقعة أو ادعاء ، مشروعاً كان أو غير مشروع – مادامت ترى أن من شأن ابلاغ غيرها به ترتيب آثار قانونية يعنيها احداثها (١).

هذا ولايفوتنا أن نشير إلى أنه إذا كان الأصل فى الابلاغ هو الجواز(٢) لا الالزام، فقد تفرض بعض قواعد القانون الدولى العامة المجردة على الدول – فى حالات معينة – التزاماً مقتضاه وجوب ابلاغ غيرها بأوضاع معينة، كما قد ينشأ هذا الالتزام عن البعض من الاتفاقات الدولية فى مواجهة اطرافها دون غيرهم. ومن أبرز حالات الابلاغ الالزامى (la notification obligatoire)

L. Oppenhiem, op. cit., p. 874
Eric Suy, op cit., pp. 81 —107.
Arrigo Cavaglieri, op cit., pp. 515 et s.
Riccardo Nanaco, op. cit, p. 181 — 182.
(١) Cf. Eric Suy, op. cit., 86 — 87.
Charles Rousseau, op. cit. p. 421.

(٢) من أبرز الأمثلة لما جرى العمل على الابلاغ به من أوضاع دولية – دونما الزام قانونى فى هذا الصدد – قيام الدول والحكومات الجديدة ، وارتقاء الملوك عروشهم ، وانتخاب رؤساء الجمهوريات الجدد ، وقطع العلاقات الدبلوماسية . =

الواجب قانوناً : ابلاغ المحاربين الدول المحايدة بقيام حالة الحرب (١) ، وابلاغ الدول المحاربة الممارسة للحصر البحرى (le blocus maritime) الدول المحايدة والسلطات المحلية بواقعة التجائها إلى هذه الوسيلة من وسائل الحرب البحرية (٢) . ومن أشهر الأمثلة للالتزام بالابلاغ الناشيء عن احدى الاتفاقات الدولية : التزام الدول الأطراف فى المعاهدة المبينة للمبادىء المنظمة لنشاط الدول فى مجال استكشاف الفضاء واستعماله المبرمة فى ٢٧ من يناير ١٩٦٧ بالابلاغ عن كل ماتكتشفه فى الفضاء من ظواهر خطرة (المادة ٣/٥) (٣) والتزام الدول أعضاءعصبة الأمم بابلاغ العصبة سلفاً بعزمها على الانسحاب من عضويتها (المادة ٣/١) (٤) ، والتزام كل من الدول الأطراف فى معاهدةفرساى المبرمة عام ١٩١٩ (المادة٢٨٩) وتلك الأطراف فى معاهدة الصلح مع ايطاليا المبرمة عام ١٩٤٧ (المادة٤٤) بابلاغ كل من أعدائها السابقين بما تود احياءه من معاهدات ثنائية كانت تربطهما (٥) ، والتزام الدول الأطراف فى اتفاقية الصيد الموقعة فى لندن فى التاسع من مارس ١٩٦٤ بالابلاغ عما تضعه من تنظيمات للصيدفى المنطقةالواقعة ما بين الميل السادس والميل الثانى عشر من شواطئها (المادة٥/٢) (٦)

١٦ — القيمة القانونية للابلاغ .

من المتفق عليه أن الأثر الرئيسى المباشر للابلاغ ينحصر فى اثبات علم

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 422.
Riccardo Manaco, op. cit., 182

(١) Cf. Charles Rousseau, Droit international public, Précis Dalloz, Sixième édition, Dalloz., Paris, 1971, p. 341,

(٢) Cf. Arrigo Cavaglieri, op. cit. p. 515, Charles Rousseau, op. cit., p. 372

(٣) Cf. Charles Rousseau, Droit international public, Tome I. Introduction et Sources, Sirey, Paris, 1970, p. 422.

(٤) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 421.

(٥) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 421.

(٦) Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 421 — 422.

الموجه اليه بالوضع محله ، بحيث يستحيل عليه ـ نتيجة ذلك ـ الدفع بجهله اياه (١) . وإذا كان هذا هو الأثر المباشر للابلاغ ، فقد تترتب عليه ـ فى حالات معينة ـ آثار أخرى غير مباشرة ذات أهمية لا ينبغى اغفالها يسهم فى احداثها عادة مسلك الدولة الموجه اليها ، كما لو سكتت هذه الأخيرة عن الاحتجاج على ما أبلغت به رسمياً من أوضاع تمس مصالحها ، إذ يعتبر سكوتها رغم الابلاغ ـ فى هذه الحالة ـ بمثابة الاعتراف الضمنى بالوضع محله .

ومن الجدير بالذكر فى هذا الصدد ـ كذلك ـ أن القعود عن القيام بالابلاغ الالزامى يترتب عليه عدم جواز الاحتجاج بالوضع الواجب ابلاغه فى مواجهة من كان يتعين ابلاغه به حتى ولو علم به من طريق آخر ، وأن الابلاغ قد يتصف ـ فى حالات معينة ـ بوصف العمل الشرطى (acte-condition) إذا ما أستهدف القيام به اخضاع أشخاص بعينهم لأحد المراكز القانونية الدولية ذات الطبيعة العامة الموضوعية . ومن أهم الأمثلة لهذا النوع من أنواع الابلاغ المتصف بوصف العمل الشرطى، ابلاغ الدولة المقدمة على الحرب أعداءها بعزمها على البدء فى القتال (la notification formelle dé l'ouverture des hostilités) المعروف ـ اختصاراً ـ باسم اعلان الحرب (la déclaration ds guerre) (٢) فهو ـ فى رأينا ـ تصرف من جانب واحد غايته اخضاع معلن الحرب واعداءه لمركز المحارب كما تنظمه قواعد الحرب، واخضاع غيرهم لمركز المحايدين .

هذا ولا يفوتنا أن نشير ـ أخيراً ـ إلى أن من الكتاب من ينكر على الابلاغ وصف التصرف القانونى معتبراً اياه مجرد عمل ارادى ذى طبيعة اعلامية ليس من شأنه ترتيب أية آثار قانونية تجعله جديراً بوصف

---

(١) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 347.
Arrigo Cavaglieri, op. cit., p. 515,

(٢) Cf. Charles Rousseau, Précis Dalloz, op. cit., pp. 340 et s.

التصرف (١) وفى رأينا أن الابلاغ تصرف قانونى بالمعنى الصحيح بالنظر لاستهداف المبلغ – دوماً – من هذا التعبير الشكلى عن ارادته المنفردة ترتيب آثار قانونية بعينها (٢) ، قد تكون اخضاع البعض من أشخاص النظام الدولى لمركز موضوعى معين فى حالة الابلاغ المتصف بوصف العمل الشرطى مثل اعلان الحرب ، وقد تكون – فى سائر الحالات – مجرد احاطة الموجة اليه الابلاغ علماً بالوضع محله بما يترتب على هذا العلم من جواز الاحتجاج بالوضع فى مواجهته ونقل عبء الاثبات إلى عاتقه .

(١) أنظر فى الدفاع عن هذا الرأى :

Eric Suy, op. cit., pp. 103 et s.

(٢) أنظر فى الدفاع عن هذا الرأى :

Charles Rousseau, Droit international public, Tome I, Introduction et Sources, Sirey, Paris, 1970, p. 420.

خاتمة

من العرض السابق يتضح لنا أن وضع التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة فى النظام القانوني الدولى لا تختلف كثيراً عن وضعها فى النظم الداخلية . فمنها ما يلزم كافة المخاطبين بأحكامه بحكم صدوره عن الارادة المنفردة لجهة تختص بسن القواعد الملزمة (قرارات المنظمات الدولية) ، ومنها ما يكشف عن وجود الحقوق بصفة رسمية بحكم صدوره عن الجهة القضائية المختصة (أحكام القضاء الدولى والقرارات الصادرة عن لجان التحكيم) ، ومنها كذلك ما ينشىء الالتزام على عاتق مصدره (الوعد — الاعتراف) ، ومنها أيضاً ما ينشىء غير الالتزام من الآثار القانونية (الاحتجاج — التنازل — الابلاغ) .

وإذا كنا قد حاولنا — قدر طاقتنا — القاء بعض الأضواء على التصرفات الدولية الصادرة عن الارادة المنفردة ، فلازالت — فى رأينا — فى مسيس الحاجة إلى المزيد من الدراسات الفقهية المتعمقة . ونأمل أن تكون دراستنا هذه فاتحة لاهتمام الفقه العربى بهذه التصرفات .

— the location of the major urban agglomerations usually the capital of the country, is on the coast (Mention can be made of most of the capitals of West Africa's countries from Dakar to Lagos, passing by Conakry, Freetown, Abidjan and Accra).

— the location at inland ports : river and lake ports.
— the location at important nodes of land routes, and
— the location of towns in the areas of mining activities and where the climatic factor favours the settlement of Europeans(1).

The whole locational pattern of African towns, excepting the pre-colonial ones, is determined by the dependent nature of the economies and their concentrations towards the metropolitan centres; and within each African economy the pattern of location of internal towns is determined by the degree of subordination of the region and the role it plays in the whole capitalist system.

— A third feature in common between the different regions of an underdeveloped economy, is that, since the political independence, the State might play an intermediary role between the region and the international capital.

Seen in this way, a *regional analysis* means an analysis given the natural endowment :

— of the social organisation of production in the region, especially in agriculture;

---

1. See E.O. Adeniyi, The Role of African Cities in Development Paper presented to U.N. IDEP Seminar on Regional Planning, Ibadan, April, 1973, p. 4—6.

— mainly source of agricultural raw materials, cocoa, cotton,

— mainly sourc fo mineral : copper, oil;

— according to their different roles they might have different supplies of basic services (especially trading and transportation); and here, it appears clearly that the transport is a dependent variable and not an independent one;

— differences, in ethnic and cultural groups.

But, whatever the difference between these regions (within the State), they all have in common :

— a subordinate nature, for they represent parts of a dependent economy within the capitalist world market. A part of their economic surplus is mobilised towards the metropolitan centres.

— for each of these regions, the process of mobilisation of the surplus is realised through a physical polarisation (which materialises a certain socio-political subordination) around some urban places, towns, which represent mere «stops» in the way towards the real metropolitan centres. And for these towns or «stops» the *function* is well defined : they are not meant to provide the countryside with what towns provide agriculture in the capitalist centres. They are meant to collect agricultural and mining products (with some processing if necessary) and export them, and to distribute imports between the different parts of the underdeveloped economy.

Hence, the pattern of location of the African towns :

It is the location, over the society's territories, of these production relations and the whole supra-structure they underlay. On the basis of this idea of space, and interested in "regions" in the African context, the approach to their definition must be, as we have seen, historical :

— to start with the mode of production dominant in the precapitalist African societies, given the natural endowment;

— to analyse the process of integration and its effects;

— to see the political division of Africa in States.

It is only in adopting such approach that we can arrive at "regions" within a political unit, a state, and in more than one state.

And for regions within the state, the differences between them might manifest themselves, given the endowment, in :

— different modes of production dominant before pre-capitalist penetration;

— different modality of capitalist penetration (through slave trade or other modality);

— the different degrees of integration in the world capitalist market;

— difference in the specific role played by the region within the whole capitalist system :

  — mainly reserve of cheap labour force,

  — mainly source of cheap food for local labour force,

— the second emphasises the so-called *nodality of polarisation* usually around some central urban place;

— the third is policy-oriented, concerned mainly with *administrative* coherence or identity between the area being studied and available political institutions for effectuating policy decisions1.

But all all these definitions are, to say the least, of a simplest nature, for :

— they are based on an erroneous idea of space, and

— missing thes cientific approach, which when considering social phenomena, must be historical.

We take, first, the *significance of space*. In their view, space is a mere geographical distace, to be measured by the transport cost. "It will be admitted, according to Tinbergen and others, that the most important aspect of space in economic matters is the existence of transportation. Therefore, we think that the best economic measure of space must be based on the level of transportation costs for a number of commodities"2.

This might be a geographical definition of space, but *in Economics, a science that deals with social relaions occuring through the intermediary of material things, space cannot be but the geogaphical distribution of production relations.*

---

1. See Jos G. Hilhorst, Regional Planning, A systcm Approach,, Rotterdam University Press, 1971, p. 5 & sqq.

See also the ECAFE paper on "Comprehensive Regional Development Planning" Presented to the Sixth Interregional Seminar on Development Planning (Regional Planning). Quito, 20 sep.— 1Oct. 1971, P.6.

2. L. Meunes, J. Tinbergen & J. Waandenburg: The Element of Space in Development Planning. North-Holland Publishing Company. Asmterdam, 1969, P.2.

production in African pre-capitalist societies into the capitalist world economy.

And with the political independence, a balkanisation of Africa has taken place through the creation of politica units (States) which do not correspond neither to ethnic and cultural groupings nor to more or less homogeneous "regions". *How can we define then a region* ?

IV

In the after Second World War period, regional inequalities were flagrantly showing themselves in the Western capitalist countries. These inequalities called not only for regional development policies (aménagement des territoires but) also for a host of *space analysis* that came to make afterwards a part of the theoritical exportation towards the underdeveloped countries.

According to the advocates of these analysis, three different approaches have been used in *defining regions*:

— the first stresses *homogeneity* with respect to some one or combination of physical, economic, social or other characteristics (but mainly in terms of natural endowment and basic services, especially transport);

1. The integration of the pre-capitalsit mode of production in the capitalist market was *not even over time.* For in some parts of the African societies, it was delayed by the resistence of the previously well organised societies. This resistence affected too the modality of capitalist penetration through its effect on the attitude of the colonial power towards the resisting societies. An attitude which affects, in its turn, the changes that these societies have to undergo. In this sense too, the pre-capitalist mode of production had its effects on the emergence of regional inequalities. (See as an example the resitence of Benin and the States of North Nigeria, a resistence that caused less capitalist penetation in the North and affected the educational policy of the colonial power, which was for less education opportunities in the North and more opportunities, especially through missionary education, in the South, for the purpse of the formation of necessary civil servants. See J.C. Anene, op. cit., p. 273-275.

— some localities being labour exporting;

— some being food-crop exporting;

— some cash-crops exporting, and

— some with varying proportions of each.

These differenciation will often coincide with, and be renforced by, localised cultural identifications, often of an ethnic or tribal nature.

Of course this pattern cannot be a static one, but rather one changing over time as the whole system develops.1.

If we add to this, that some localities are characterised by the dominance of capitaist agriculture (foreign or local), and that some others (urban) by the existence of services (administrative, banking, commercial and others) necessary for production and exchange between the different localities and the rest of the World, especially the capitalist centres, and that in such urban localities live the representatives of international corporations, immigrant settlers and immigrant traders, indigenous traders and indigenous so-called elites who (basing themselves upon educational attainment and, in some cases, upon political skills) under certain circumstances could take over formal political power from the colonial regime, if we add all this we arrive at the differences which express *regional inequalities*, result of the integration of different modes of

---

1. The dynamics of capitalist development tends to introduce a further element which cuts across the differentiation of peasants by locality with a differentiation based on the degree of involvement in the cash economy. This involves the possible movements towards proletarianisation of migrant labourers on the one hand and towards capitalist agriculture on the other and these two can clip away at the peasantry, pulling it in different directions. J. Saul & R. Woods, op. cit., p. 109.

New World. The effect of this trade was different in the different parts of African societies). This would lead to the development of labour-exporting peasantries. A development which reflects also in some instances the degree to which adult men were under-employed in the pre-capitalist agriculture and hence the extent to which they could be absent without threatening the security of minimal subsistence production which assures the production of the labour force.

2. The presence, or otherwise, of a suitable local environment for the production of agricultural crops for sale with thedegree of availability of marketing opportunities for these crops. (Here the factors involved are: the natural endowment and the degree of integration in the capitalist market). The extent to which the peasan ry could respond to cash cropping depended on the adaptibility of the pre-capitalist agriculture to the incorporation of new crops without threatening the security of minimal subsistence production. This adaptibility was higher in areas where dominated, before capitalist penetration, a social organisation of production based on small farmers producing partly for exchange (West Nigeria, e.g.).

3. The presence, or otherwise, of an immigrant settler group of capitalist farmers who would be competitors with African producers 1.

As a result, in each territory, given its natural endowment and the mode of production dominant prior to capitalist penetration, a number of peasantries who are differenciated according to locality :

---

1. SeeJ. S. Saul & R. Woods, African Peasantries, in Peasants and Peasant Society, T. Shamin (ed.) Penguin Readings, 1971, p. 107 & Sqq.

3. Third, the commerce of Europe affected different aspects of African life in varying degrees, with the political, military and ideological apparatus hardly touched, until the imperialist stage of capitalist development.

4. Fourth, the dynamic features of independent African evolution and development (that existed before the penetration of the capitalist mode of production) continued to operate after 1500. But on the whole in the direction of a loss of development opportunity

To be sure, as J. Saul & R. Woods put it, the colonial situation was everywhere one in which the local (agricultural) population were both exposed to new goods and services and, in many cases, subjected to specific governments—enforced economic or labour demands with the result that new needs were generated which could only be met by participation in cash-based market economy. Two ways of participation were open to them :

— sale of their labour power,

— or sale of their agricultural product.

And within this broad process four variable have been of particular importance in defining the nature of the integration in the overall system by the African agricultural producers through which they acquired, in effect, their peasant characteristics :

These variables are :

1. The presence, or otherwise, of centres of labour demand, such as mines, industries and the like. (This was partly done by a physical shift of the African peasants through slave rade, from the 16th to the 19th centuries, where the demand for labour existed in the countries of the

(supposedly engaged in other economic activity, M.D.) in subjection"[1].

We had then *different modes of production that dominated the different parts of West African societies at the eve of their penetration by the capitalist mode of production.*

III

We cannot deal here with the process of capitalist development on a world level, as the process of the historical formation of under-development as a socio-economic phenomenon, for it represent the whole history of capitalist development and underdevelopment.[2]

This process of development of the capitalist mode of production affected differently the pre-capitalist African societies (modes of production) :

1. First, the starting point was a pre-colonial Africa that was characterised, by a large number of ethic groups, or with different modes of production and political organisation (and hence different levels of development).

2. Second, the external, mainly European, impact up to 1885 was very uneven in geographial terms, with the coast being obviously more exposed.

---

1. Ibid, p. 276.

2. Reference can be made to :

   — WalterRODNEYS's simple but profound analysis of this process in his book How Europe Underdeveloped Africa, Tanzania Publishing House Dar-ês Salam, 1972.

   — Paul BARAN's more sophisticated analysis of this process in his Political Economy of Growth, first published in 1957.

   — Thomas SZENTES, The Political Economy of Underdevelopment, A Kadémiai Kiado, Budapest, 1971.

write that "demand for luxuries, of course, implies the existence of a *wealthy class*. The first existed in the West Africa in the shape of Kings and their courts, and the specialised professions-administrator, soldiers, artists, metal workers, court musicians, remembranciers, and the like — which they were able to support from *their contr)l of the surplus wealth produced by their subjects*. This surplus flowed into each court in the form of *tribute* in such widely-desired commodities as cold or kola-nuts which made the initiation of international trade possible when outside demand arose.1 Here we have a social organisation on a class bases with a relatively high level of development of the production forces which allows for the production of a considerable surplus appropriate by the dominating class and partly used in trade2.

In some of the coastal *city-states* (as those of the the Niger Delta) that was prosperous due to the trade activity prior to their direct colonisation, we had a social organisation known as the *"house" system*. "Each city-state comprised a number of "houses". Now, each "house" was more or less a *trading* association of freemen and slaves under a head or chief. There were usually four social rangs in a "house". The heads of "houses" formed a sort of advisory council over which presided the king of the city-state "who was to" enforce peace and order, safeguard the interests and privileges of the nobility, and keep the women, slaves and masses of the population

---

1. A Short History of Africa, Penguin Books, London, 1972, p. 110.

2. See for the Benin State of the Guinea Forest "were the people came into two categories : the nobility and the common people" J.C. ANENE, The Peoples of Benin, the Niger Delta, Congo, Angola in the Nineteenth Century, in, Africa in the 19th & 20th Centurie op, cit., p. 270 — 273.

To understand the regional inequalities in these societies, one has to have an idea about the modes of production dominating the African societies before direct penetration and the process of their integration into the world capitalist market and the penetration of capital to subordinate any other social relation in these societies. Here, we will limit ourselves to *West Africa's societies which were mainly agricultural but in which trade played a crucial role*1. Here, we can distinguish three types of social organisation of production :

— the social organisation based on *the village community* with community land property (in East Nigeria, e.g.) ;

— the social organisation based on *small farmers that were producing partly for exchange* during the period of African trade before the capitalist penetration West Nigeria, e.g.), and

— the pseudo-feudal organisation of production in *kingdoms and grand empires.* To be percise, one has to distinguish, as far as West Africa, and especially Nigeria, is concerned, is concerned, between the socio-political organisation of the grand States and that of the costal cities.

Talking about trade in the States of Guinea (the States of the forested southern half of West Africa : Kanem-Bornu and Hausa Kingdoms, R. Olivier & Fage

1. The colonial period began for Sierra Leone Colony in 1787; for the protectorate in 1896, it began for the Gold Coast Colong in 1874; for Asaute in 1902; for Lagos in 1861 and for the Oil Rivers in 1885; forDahomey in 1892 and the Ivory Coast in 1893.See W.E.F. Ward, Colonial Rule in West Africa,'in, J. Anene & Brown (eds.), Africa in the Nineteenth and Twentieth Centuries. Ibadan University Press & Nelson, Ibadan, 1970, p. 308 & sqq.

working class. And on the basis of these relations of production, social product is distributed between the different classes of the society.

— The immediate objective of production, from the viewpoint of those who take production decisions, is the maximisation of monetary profit.

— The whole economy functions through the market mechanism, through the price mechanism.

— It is a mode of production with an *international nature*. In the process of its development, production and reproduction take place around the *accumulation of capital, which finds its source in the economic surplus accuring not only in the capitalist centers but also in the societies that have been integrated* into the world capitalist market.

— This mode of production *develops through the inequalities* :

  — in the distribution of income between the different social classes,

  — over time : through economic crisis and recessions,

  — between the different branches and sectors of the economy and

  — *between regions, within the advanced capitalist society and the integrated underdeveloped society.*

— Looked at from the point of view of the underdeveloped economies, the process of the capitalist development on a world scale is that of the integration of the pre-capitalist societies, including the African ones.

of production. Put simply, it is the way in which a certain society organises its process of social labour 1, *c'est sa manière de produire.*

II

In the context of the study of regional inequalites in African economies, the capitalist mode of production acquires a special importance. For, it is with the development of such a mode, on a world levl, that these inequalities emerged.

The main characteristics of this mode of production, which represents a special historical form of exchange production where industry dominates and agriculture becomes itself an industry, are :

— that production relations repose on the private ownership of the means of production that become capital, as a dominating phenomenon; which means the divorce of the direct producer from the means of production with his labour power becoming a commodity. With the private ownership of the means of production society is composed of three *main* social classes : the capitalist class, the landowers and the

1. The history of human society has known different modes of production. To take examples : in the ancient Greece, we had the esclavagist mode of production where land, which is originally a gift of Nature, becomes landed property; and where labour, which is originally the conscious effort of Man on Nature, becomes slave labour, with the slave himself subjected to property rights. If we take the history of Western Europe since the 9th—10th centuries, we ean distinguish two main modes of production : the feudal mode of production, where landed property becomes the dominant social relation with labour becoming serf labour, and the capitalist mode of production As for Africa before the penetration of capitalist mode of production, we will have the occasion of knowing some types of its modes of production.

— what rights has each individual or group or class on these means : to use them directly in excluding the others — to put them at the disposal of the others to be used by them in return for a part of the product.

Thrid, by finding out how the level of development of the productive forces, combined with the existing sort of production relations, are to give the whole process of social labour a *specific form* which differenciates its from the other forms and shows :

— what type of economic activity dominates and how the process of production is socially conducted; the role of each member, or group or class, in the process of social labour;

— is this activity conducted for the immediate satisfaction of wants of the direct producers or for exchange.

— how is the product of the process of social labour distributed among the members, the groups or classes, and in particular what is the destiny of that part of social product which could be called the economic surplus : its form, its appropriation, its utilisations, etc.

— how is the continuity of the process of production, and hence that of the society, garanteed over time; in other words, how is social reproduction assured.

The specific way in which these "hows" exist gives us the specific combination that could be called a mode

— his role in the process of production : a user of the means of production (a direct producer) or a mere decision-maker, or both or neither; and

— his share in the social product, the result of the collective struggle against Nature, and consequently the extent to which he will have his needs satisfied (in number and extension).

These are the conditions of the production process which should exist whatever may be the society with which we are dealing. But, seen in this way, they are considered in abstraction, in abstraction from the *social form which their collective union takes and which differs with the development of the society.*

How could we recognise this social form (or what may be called the form of social organisation) of the production process ?

First, in finding out the level of development of the productive forces :

— what sort of labour force we have and what sort of technical knowledge and formation it has;

— with what sort of means of production it is effecting its labour : when working on the land, for example, what instruments it uses.

Second, what sort of production relations exist between the members of the society :

— who possesses the means of production : the land, the instruments and the objects of labour, and who consequently is divorced from them.

The conditions of this process of production are hence :

— The labour force, with a certain technical formation, acquired through the accumulation of knowledge and from generation to generation through practial experience and eduction.

— The instruments of labour.

— The objects of labour.

Both the instrumnts of labour and its objects represent the "*means of production*" among which figures the land. They are always means of producion of a certain type which implies a certain level of technological achievement.

And both the labour force, having a certain technical formation, and the means of production whose type reflects a certain level of technological achievement, represent what is called the *productive forces* of the society. It goes without saying that the labour force must have the technical formation which enables it form using the available type of means of production.

This process of production is a collective one. Between men, engaged in their social struggle against Nature, exist the production relations. These relations oscille around the relation that occurs between men, (a social relation), through the intermediary of the means of production. The legal expression of this relation is *the property of the means of production.*

These relations of production determine for each individual, or group or class :

implements for the production of implements. (In this sense, Franklin defines Man as a tool--making animal).

These instruments are used by him to transform the forces of Nature, the objects of his labour, into products apt to satisfy his needs.

It is this process of labour using the instruments of labour, themselves the product of previous labour, to transform the objects of labour, which is the process of production. A process which is proper to Man, for he is the only animal which produces his means of subsistence. And he does not do it once and for all, but continuously; his struggle against Nature does not stop, it goes through time, from a period to another. It is hence a *process* of production.

This struggle against Nature, Man does not live it individually, but collectively, in society; for Man is a social animal. He realises himself through the others, in labouring together, in cooperation, and in effectuating each a part of the social labour.

The process of production is hence the process of social labour using the available (quantitatively and qualitatively) instruments of labour in the transformation of the forces of Nature, the objects of labour, into products capable of satisfying the material and cultural needs of the members of the society.

All societies have, at one or another period of their history, proved capable of pushing further this process towards better conditions of social life, i. e. capable of development.

4. From all this we reach the region: how it is defined within the framework of the traditional space analysis; the critique of such a definition; the alternative definition and accordingly what should be meant by "regional analysis".

I

Production is effectively a process of collective struggle between Man and Nature. It could be conceived as a double relation : between Man and Nature, and at the same time, between Man and Man.

Man is the only being opposed to Nature. He is a part of it, but opposed to it. And as a being, he has his needs which he cannot satisfy but on acting on the forces of Nature. To satisfy his needs, he pays an effort directed to Nature.

This effort differs from the effort of other beings by being a conscious one : Labour. It is conscious, first, in the sense that Man realises his opposition to Nature. It is conscious, second, in the sense that Man is the only being who imagines the result of his effort in advance (a priori) and adopts the means that enables him to achieve this result. (In this sense, Aristotle tells us that Man is a planning animal).

Through his conscious effort, his labour, Man procurcs from Nature what is necessary for the satisfaction of his needs which are always changing and developing.

At a certain stage of his development, Man invents what augments the productivity of his labour. the implements,mere extention of his physical power, and the tools.

the histoical process through which they have emerged giving place to a number of economic, social and political problems. He must study too, but in a critical manner, the effort of regional development that have been undertaken since the political independance of the African countries. He must study the strategy of growth in general, the theory that underlies, explicitely or implicitely, the regional development efforts, the pattern of organisation conceived for this development, methods and techniques adopted — to appreciate finally, the results of such regional development efforts.

In this paper we limit ourselves to the concepts necessary to a proper understanding of regional inequalities in African economies. And the purpose will be to elaborate a "concept"of region in the context of African economies. This will be done through an attempt to relate the"concept" of region to that of mode of production. To achieve this purpose we will proceed as follows :

1. From the process of production to the concept of mode of production(1)

2. From the concept of mode of production to the capitalist mode of production.

3. From the development of the capitalist mode of production on a world level and its penetration in the pre-capitalist African Societies (modes of production) to the creation of regional inequalities in such societies.

---

1. We don't intend here to deal with the different visions of the "mode of production". It suffices for our purpose in this context to arrive at the concept of mode of production in its cleariest form. For these different visions see the author's book : Cours d'Economie politique, Tom I, L'Economie politique, une science sociale, ch. III, F. Maspèro, Paris, 1974, See also, in Arabic, Political Economy (with the collaboration of Moustafa Rouchdi). Alexandria, 1973, Ch. III.

CAPITALIST PENETRATION AND REGINAL INEQUALITIES IN AFRICA : AN ATTEMPT TO CONCEPTULISATION

By

DR. MOHAMED DOWIDAR*

The purpose of this paper* is to show, within the context of the underdeveloped societies, the incapacity of the conventional analysis to grasp the plenitude of the social phenomenon, in our case that of regional inequalities, its incapacity to grasp this phenomenon in its dynamics, its historical emergence and its development. And to show its incapacity, consequently, to guide a conscious action that aims at the acceleration of the negation of this phenomenon. The alternative is to look for historical concepts theoritically rich.

A student of the problem related to regional inequalities, in African economies, does not start from scratch. He is usually faced by a host of writings on regional development and planning in advanced and underdeveloped economies. These writings imply ideas and conceptions concerning regions and their developments. He is to know about these regional inequalities in analysing

*Associate Professor of Political Economy at the Faculty of Law, Alexandria University.

** This paper was presented at the IDEP Seminar on "Regionalisation of Development Planning and Regional Planning" held in Ibadan (Nigeria), 16th April-5th May 1973. It has been included in the author's book "Planifier le développement, critique de l'analyse conventinnelle" that will published by F. Maspèro, Paris, 1974.

CONCLUSION FINALE

Etant donné le fait que l'individu n'est pas l'un des sujets habituels du droit des gens, et le fait que le traité international n'est jamais en soi l'une des source du droit national et que dès lors les traités internationaux ne peuvent pas, en principe, faire naître des droits directs en faveur des particuliers ou leur imposer directement des obligations ni dans le cadre de l'ordre juridique international ni dans le cadre des ordres juridiques nationaux, nous pouvons conclure que c'est seulement dans le cadre des ordres juridiques des organisations internationales, que les traités ont en règle générale la capacité de produire des effets juridiques directs vis-à-vis des particuliers, les traités ayant la qualité de source de droit dans le cadre de ces ordres juridiques et les individu ayant la possibilité de posséder la personnalité juridique.

ne peuvent faire naître des droits directs en faveur des particuliers, ni leur imposer directement des obligations, car le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national, et ne peut avoir cette qualité à moins que la constitution de l'Etat en question ne la lui confère explicitement (153) Et dans la conclusion du deuxième chapitre nous avons précisé que l'individu n'étant pas l'un des sujets habituels du droit international public, les traités internationaux ne peuvent en principe lui faire naître des droits directs ni lui imposer directement des obligations dans le cadre de l'ordre juridique international,sauf dans des cas très rares et tout à fait exceptionnels qui ne constituent qu'un phénomène passager et purement exceptionnel. (154)

Or, comme nous avons précisé que le traité international possède indéniablement la qualité de source des droits internes des organisations internationales, et que les individus se trouvent très souvent revêtus de la personnalité juridique dans le cadre des ordres juridiques internes des dites organisations, nous pouvons conclure que les traités internationaux peuvent faire naître des droits directs en faveur des particuliers et leur imposer directement des obligations dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales, et que c'est une règle générale et n'est pas une simple exception.

---

(153) Cf. Supra, p. 31

(154) Cf. Supra, p. 48

profit des populations de territoires sous mandat au sous tutelle constitue une amorce de personnalité juridique en faveur des pétitionnaires dans le cadre des ordres juridiqes internes des organisations internationales qui leur reconnaissent ce droit de pétition-plainte, à savoir : la S.D.N. et L'O.N.U. (150) et l'on puisse aussi soutenir que la charte des Nations Unies "peut être considérée comme créant une amorce de personnalité ... en faveur des groupes d'individus non étatiques" (151) quand elle a disposé — dans l'article 71 — que "le Conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions relevant de sa compétence." (152)

16. *Conclusion du Troisième Chapitre.*

Dans la conclusion du premier chapitre de cette étude nous avons constaté que les traités internationaux

---

(150) Cf. De Soto, op. cit., p. 696 et s., et surtout p. 699.

Nathan Feinberg, La pétition en droit international, R.C.A.D.I., 1932/1, t. 40, pp. 633 et s., et surtout pp. 637—638.

Notons d'ailleurs que à l'avis du professeur Quadri "la personnalité internationale de l'individu ne peut guerre être deduite de ce qu'on appelle le droit de pétition. Par l'exercice de cette liberté l'individu ne fait que porter à la connaissance de l'organe international des faits pouvant constituer des violations de l'ordre juridique international ... ... Plusieurs auteurs parlent d'une obligation de l'organe international, envers l'individu, de donner suite à la réclamation individuelle, ce qui est purement imaginaire".

Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 405.

(151) Cf. De Soto, op. cit., p. 699.

(152) Notons que les dispositions citées par l'article 71 peuvent s'appliquer à des organisations internationales non gouvernementales, et, s'il *y a* lieu, à des organisations nationales après consultation du membre intéressé de l'O.N.U., et que "ces organisations non gouvernementales sont reparties en deux catégories (a) et (b). Celles qui sont placées dans la catégorie (a) participent véritablement à la vie du Conseil économique et et social : elles peuvent envoyer des observateurs à toutes les séances publiques du Conseil, voir leurs communications publiées comme documents officiels du Conseil, consulter la Commission permanente du Conseil, faire inscrire une question à l'ordre de jour ... ... ".

Cf. De Soto, op. cit, p. 700.

pays d'origine" (145) et que si les privilèges et immunités prévus par le protocole sur les privilèges et immunités de la C.E.C.A. "ont été accordés exclusivement dans l'intérêt de la Communauté, il ne faut perdre de vue qu'ils ont été expressément accordés aux fonctionnaires des institutions de la Communauté" (146) et "que le fait que les privilèges, immunités et facilités sont prévus dans l'intérêt public communautaire, ... ne signifie pas que ces privilèges soient accordés à la Communauté et non pas *directement* à ses fonctionnaires"(147)et a, dès lors, déclaré "que le protocole crée donc un droit subjectif au profit des personnes visées, dont le respect est garanti par le droit de recours prévu à l'article 16 du protocole" (148) dont les auteurs "ont manifestement entendu garantir le respect des privilèges de immunités ... ... dans l'intérêt non seulement de la Communauté et de ses institutions, mais encore des personnes auxquelles ces privilèges et immunités ont été accordés et, d'autre part,dans l'intérêt des Etats membres et de leur administrations qui doivent être protégés contre une interprétation trop extensive des dits privilèges et immunités." (149)

Notons,d'ailleurs, que si les fonctionnaires internationaux constituent le groupe le plus important des individus ayant la personnalité juridique dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales, ce n'est pas, à notre avis, le seul groupe.

En effet, le régime des pétitions-plaintes institué au

(145) Cf. C.J.C.E., Affaire No. 6—60 - Jean-E Humblet contre Etat Belge, R.J.C., vol. VI, 1960, Deuxième partie, p. 1148.

(146) Ibid., p. 1148.

(147) Ibid., p. 1148.

(148) Ibid., p. 1148.

(149) Ibid., p. 1147.

15 — *La personnalité juridique des individus dans le cadre des droits internes des organisations internationales.*

Malgré la réticence de certains auteurs tel le professeur Rolando Quadri qui trouve "que la situation d'emploi dans les organisations internationales ne donne pas lieu à de véritables droits subjectifs des fonctionnaires, ni, réciproquement, à de véritables obligations juridiques des organisations", (144) il ne fait aucun doute que les droits internes de toutes les organisations internationales reconnaissent aux fonctionnaires internationaux la personnalité juridique, au moins lorsque les organisations disposent d'un tribunal pour juger les différends relatifs à la situation d'emploi.

En fait, la plupart de ces droits confère des vrais droits subjectifs aux fonctionnaires, tout en leur reconnaissant la possibilité d'un recours devant un organe juridictionnel qui est le tribunal administratif de l'organisation, s'ils auraient besoin d'un tel recours afin de protéger leurs droits vis-à-vis du secrétaire général de l'organisation.

De plus, les fonctionnaires internationaux n'ont pas simplement la possibilité de faire valoir leurs droits face à l'organisation, mais dans certains cas ils pourront les fair voloir face aux Etats membres, y compris l'Etat de leur nationalité.

Dans son arrêt du 16 décembre 1960, rendu dans l'affaire No. 6—60 : Jean-E. Humblet contre Etat Belge, la Cour de Justice des Communautés Européennes a trouvé "qu'il est donc parfaitement admissible qu'un fonctionnaire de la Communauté se présente devant la Cour comme requérant contre le gouvernement de son

(144) Cf. Rolando Quadri, op. cit., pp. 406—407.

des ordres juridiques internes des organisations internationales dépend, elle aussi, des dispositions respectives de chacun des droits internes des organisations internationales.

Afin que l'on puisse soutenir que les traités internationaux produisissent des effets directs à l'égard des individus dans le cadre de l'ordre juridique d'une certaine organisation internationale, il faut inévitablement établir que le droit interne de cette organisation considère le traité international comme l'une de ses sources.

Or, il nous parrait hors de toute controverse que le traité international est l'une des sources-sinon la source primordiale — des droits internes de toutes les organisations internationales, étant donné que c'est toujours un traité international qui donne la vie à l'organisation internationale, et qui constitue, et pour toujours, sa loi suprême, remplissant ainsi le rôle confié aux constitutions dans les ordres juridiques nationaux.

D'ailleurs, personne n'a jamais prétendu que les traités internationaux conclus par les organisations internationales auraient besoin de actes de réception ou de transformation afin de pouvoir acquérir la qualité de source du droit interne de l'organisation en question et d'être applicables dans le cadre de son ordre juridique interne.

Le Traité international ayant ainsi, et sans aucun doute, le caractère de source des droits internes des organisations internationales, il nous reste d'examiner le problème de la personnalité juridique de l'individu dans le cadre des ordres juridiques internes des dites organisations.

qui la composent et ayant sa vie propre(139), donnerait nécessairement naissance à la formation d' "un véritable ordre juridique intérieur, original et complexe" (140) qui comprend "tous les éléments que les auteurs découvrent dans les ordres juridiques étatiques"(141).

Notons, enfin, que le fait que les ordres juridiques internes de organisations internationales soient dérivés de l'ordre juridique international ne touche à rien à autonomie de ces ordres, car "pour qu'il y ait ordre juridique, il importe peu que celui-ci soit totalement indépendant de tout autre ordre juridique"(142), à condition qu'il possède des règles qu'il a crée et qui lui sont propres. En fait, la grande majorité des ordres juridiques "est composée d'ordres juridiques qui dépendent d'autres et leur sont subordonnés : que l'on songe par exemple aux rapports entre l'ordre juridique d'un Etat fédéré et celui de la fédération, ou entre celui d'une commune et celui de l'Etat auquel elle appartient"(143). Et mêmes les ordres juridiques nationaux peuvent, eux aussi, être considérés comme derivés, si l'on adopte les points de vue de l'école moniste.

14 — *Le traité international est-il l'une des sources des droits internes des organisations internationales ?*

S'il est vrai que les effets directs à l'égard des particuliers que peuvent avoir les traités internationaux dans le cadre de chacun des ordres juridiques nationaux, dépendent essentiellement des solutions positives adoptées par l'ordre juridique national en question, il n'est pas moins vrai que la solution de ce problème dans le cadre

(139) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 575.

(140) et (141) Cf. Lazar Focsaneanu, op. cit., p. 321.

(142) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 572.

(143) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 573.

quant à elle — a décelé la naissance obscure de ce droit particulier dès 1929 dans l'arrêt N. 2 rendu par le Tribunal administratif de la Société des Nations dans lequel le Tribunal affirmait "qu'il était tenu d'appliquer dans ses jugements le droit interne de la Société formulé soit par le statut des fonctionnaires soit par des décisions et textes concernant tel cas déterminé"(134), et a affirmé ce point de vue dans plusieurs jugements rendus par le Tribunal administratif des Nations Unies(135), et dans l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice le 13 juillet 1954 dans l'affaire relative à l'effet de jugements du Tribunal administratif des Naions Unies accordant indemnité (136).

En effet, étant donné "que toute communauté organique et, d'autant plus, toute communauté organisée possédait l'aptitude de créer du droit" (137) et que l'ordre juridique n'est qu' "un ensemble de normes juridiques organisées et unies dans un tout harmonieux et autonome en vue de réglementer une société donnée" (138), l'on devait s'attendre à ce que l'instauration de toute organisation internationle, en tant qu'entité sociale distincte des Etats

---

(134) Cité par Philippe Cahier, op. cit., p. 567.

(135) Cf. par exemple, le jugement No. 56 rendu le 14 décembre 1954 dans l'affaire Aglion, Jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies, Affaires Nos. 1 à 70 (1950—1957), Nations Unies, New York, 1962, pp. 261 et s.

(136) La Cour internationale de Justice a déclaré dans cet avis consultatif que : " Le présent avis consultatif ... ... se rapporte aux jugements prononcés par un tribunal permanent établi par l'Assemblé générale fonctionnant en vertu d'un statut spécial et dns le cadre du système juridique organisé des Nations Unies, et traitant exclusivement des différends internes entre les fonctionnaires et les Nations Unies".

Cf. Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif du 13 juillet 1954, C.I.J., Recueil, 1954, pp. 55—56.

(137) Cf. Lazar Focsaneanu, op. cit., p. 320.

(138) Cf. Philippe Cahier, op. cit., p. 574.

interne, indépendant du droit international, qui évolue pour son compte"(131) et que les règles intérieures des organisaions internationales appartiennent au droit des gens conventionnel étant donné qu'elles trouvent leur source formelle dans "une forme spéciale d'accord, obtenu au moyen de l'organe, au lieu d'être réalisé directement"(132), il ne fait aucun doute, à notre avis, que les règles concernant la vie interne des organisations internationales n'appartiennent ni à l'ordre juridique international ni aux ordres juridiques nationaux, et que chaque organisation internationale, tout comme chaque Etat, a un ordre juridique interne propre à elle.

Certains auteurs n'ont pas manqué de s'apercevoir de cet état des choses, et ont soutenu l'existence d'un droit interne des organisations internationales qui "se différencie fortement du droit international public général en se rapprochant beaucoup du droit national des Etats contemporains", et qui "présente des caractères structurels qui le rapprochent des droits nationaux et l'éloigneraient d'autant du droit international"(133) Et la jurisprudence —

---

(131) Cf. Giorgio Balladore Pallieri, Le droit interne des organisations internationales, R.C.A.D.I., 1969/2, t. 127, p. 17.

(132) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 295.

Notons à cet égard qu' "il n'est pas difficile de se rendre compte du caractère artificiel et spécieux de cette thèse. Il faut vraiment aller loin dans la fiction pour voir un accord interétatique dans le désaccord des Etats minoritaires, qui s'opposent à l'adoption d'une disposition interne par voie de vote majoritaire ou encore dans l'édiction par le Secrétaire général de l' O.N.U. de dispositions réglementaires qui ne seront même pas portées à la connaissance des Etats membres".

Cf. Lazar Focsaneanu, op. cit., p. 322.

(133) Cf. Paul Reuter, Principes de droit international public, R.C.A.D.I., 1961/2, t. 103, p. 527.

Cf. aussi Philippe Cahier, Le droit interne des organisations internationales, R.G.D.I.P., 1963, pp. 563 et s. Cet auteur soutient l'existence d'un droit interne des organisations internationales qui "peut prendre deux aspects. Le premier se manifeste dans les normes promulgués par les Organisations internationales afin de régler leur vie organique interne, de délimiter les compétences des différents organes, de modifier leur structures, etc. Le second se manifeste dans les règles approuvées par l'Organisation et destinées à influencer le comportement des Etats membres en vue de la réalisation des buts pour lesquels elle a été créée" (p. 581).

la personnalité juridique dans les droits internes des organisations internationales, et que ces derniers reconnaissent aux traités internationaux la qualité de source de droit, nous commencerons ce troisième chapitre par prouver que chaque organisation internationale possède un ordre juridique interne bien distinct du droit international public et des différents droits nationaux.

13 — *L'autonomie de l'ordre juridique interne de chacune des organisations internationales.*

Si la controverse entre monistes et dualistes a occupé les annales du droit international durant plusieurs décennies, nous trouvons que le moment est venu pour soutenir l'existence d'une triade des ordres juridiques distincts. A côté de l'ordre juridique international et des ordres juridiques nationaux propres aux Etats, chaque organisation internationale possède, elle aussi, son ordre juridique autonome et bien distinct par rapport à l'ordre juridique international et par rapport aux ordres juridiques internes des autres personnes internationales qu'elles soient des Etats ou des organisations internationales.

En effet, si la majorité des juristes n'a pas, jusqu' à tout récemment, rendu compte que les organisations internationales se sont complètement emancipées et vivent à nos jours une vie autonome et indépendante, et "qu'une branche distincte du droit était née et devait nécessairement naître du fonctionnement interne de l'Organisation des Nations Unies, comme de toute organisation internationale"(130) et hésite encore à admettre la possibilité d'une discipline juridique qui ne soit ni internationale, ni nationale tout en soutenant que aucune organisation internationale n'a pas encore "un ordre juridique

(130) Cf. Lazar Focsaneanu, Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies, A.F., 1957, p. 317.

nous avons trouvé que "s'il ne fait aucun doute que l'individu se trouve toujours revêtu de la personnalité juridique dans le cadre de tous les systèmes juridiques étatiques contemporains", "le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national, et ne peut avoir ce caractère a moins que la constitution de l'Etat en question ne le lui confère explicitement" (127). Et dans le deuxième chapitre consacré à l'étude de notre problème dans le cadre de l'ordre juridique international, nous avons constaté que "s'il ne fait aucun doute que les traités internationaux se trouvent bien parmi les actes de volonté capables de faire naître de vraies règles internationales", "l'individu n'est pas, en principe, l'un des sujets habituels du droit des gens, et dès lors les traités ne peuvent lui faire engendrer des droits subjectifs directs, ni lui imposer directement des obligations sur le plan de l'ordre juridique international"(128).

Ainsi nous nous trouvons d'avis que les traités internationaux n'ont pas, en principe, la capacité de produire des effets juridiques directs à l'égard des particuliers ni dans le cadre de l'ordre juridique international, ni dans celui des ordres juridiques nationaux, et qu'ils "n'ont pas, en règle générale, la capacité de faire naître des droits directs en faveur des particuliers ou de leur imposer directement d'obligations que dans le seul cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales"(129).

Avant de procéder à démontrer le bien fondé de notre point de vue en prouvant que les particuliers ont

---

(127) Cf. Supra, p. 31.

(128) Cf. Supra, p. 48.

(129) Cf. supra, p. 48.

comme nous allons le démontrer dans le troisième chapitre de cette étude.

CHAPITRE III

LE PROBLEME DANS LE CADRE DES ORDRES JURIDIQUES INTERNES DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

12 — *Position du problème* :

Dans l'introduction de cette étude, nous avons déjà précisé que, "comme il n'y a aucun être qui se trouve revêtu, par sa nature même, de la personnalité juridique, et comme il n'existe non plus aucun acte de volonté ayant par soi-même la capacité de faire naître des droits, ou des obligations, car c'est, en fait, à chaque ordre juridique que revient la compétence de déterminer ses sujets de droit et les sources des règles lui appartennant, l'on ne saurait, à notre avis, bien répondre à la question qui fait l'objet de nos recherches (à savoir : les traités internationaux font-il naître directement des droits ou des obligations à l'égard de particuliers ?), sans se poser préalablement, dans le cadre de chaque ordre juridique distinct, les deux questions préliminaires que voici : (a) le traité international est-il, ou non, l'une des sources de droit reconnues par l'ordre juridique en question (b) l'individu est-il, ou non, l'un des sujets de droit du dit ordre juridique ? ". (126)

Or, au cours de deux précédents chapitres, nous avons fait de notre mieux pour répondre aux deux questions précitées. Dans le premier chapitre consacré à l'examen du problème dans le cadre des ordres juridiques nationaux,

(126) Cf. supra, p. 5.

sation internationale et les particuliers, marque un profond bouleversement de la structure de la société internationale" (124)

11 — *Conclusion du Deuxième Chapitre* :

Nous avons constaté dans la conclusion du précédent chapitre, que les traités internationaux ne peuvent faire naître des droits subjectifs directs en faveur des individus, ni leur imposer directement des obligations dans le cadre des ordres juridiques nationaux, car"le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national, et ne peut avoir ce caractère à moins que la constitution de l'Etat en question ne le lui confère explicitement" (125)

En ce qui concerne le cadre propre de l'ordre juridique international, nous sommes d'avis que l'individu n'étant pas l'un des sujets habituels du droit international public, les traités internationaux ne peuvent en principe lui faire naître des droits subjectifs directs ni lui imposer directement des obligations, sauf dans des cas très rares et tout à fait exceptionnels auxquels nous avons fait allusion, et qui ne constituent, comme nous l'avons d'ailleurs constaté, qu'un phénomène passager et purement exceptionnel.

A notre avis, les traités internationaux n'ont pas en règle générale, la capacité de faire naître des droits directs en faveur des particulirs ou de leur imposer directement d'obligations que dans le seul cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales,

---

(124) Cf. Paul Reuter, Principes de droit international public, R.C.A.D.I., 1961/2 T. 103, p. 503.

(125) Cf. Supra, No. 7.

d'autres textes internationaux ou, internes, ... des mécanismes de contrôle et de sanction précis et développés qui présentent déjà un caractère fédéral''. (121). Elle a isntitué, en effet, deux organes principaux de contrôle : la Commission des Droits de l'Homme, et la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Or, si la Cour est fermée aux individus, et ne peut être saisie qu'après la Commission,et d'une affaire à l'encontre d'un Etat qui a accepté sa compétence, soit par un autre Etat ou par la Commission elle-même (22), cette dernière (La Commission) peut être saisie soit par toute Haute Partie contractante contre une autre (art. 24 de la Convention), soit par "toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention". (art. 25 de la Convention).

Malgré le fait que la compétenc de la Commission en matière de requêtes individuelles est subordonnée à l'acceptation préalable de l'Etat mis en cause qui doit prendre la forme d'une déclaration pure et simple ou à durée déterminée reconnaissant la compétence de la Commission et visant l'ensemble des dispositions de la Convention ou seulement certaines d'entre elles (123), il ne fait aucun doute que cette construction juridique réalise un progrès considérable étant donné que "l'accès direct des particuliers à des organismes internationaux, l'établissement de relations immédiates entre l'organi-

---

(121) Cf. Paul Reuter, op. cit., p. 120.

(122) Cf. sur la compétence de la Cour européenne des Droit de l'Homme : Paul Reuter, op. cit., pp. 128 et s.
Roger Pinto, op. cit., pp. 185 et s.

(123) Cf. Roger Pinto, op. cit., pp. 172— 173.

précisement, de l'avis de notre grand maître le professeur Rolando Quadri qui trouve, non sans raison, que "dans le cas de Nuremberg les individus, ex-organes de l'Etat allemand, (ayant été) jugés et exécutés par les soins des quatre Puissances qui occupaient et gouvernaient le territoire allemand, c'est donc à ces quatre Puissances en tant que gouvernement provisoire de l'Allemange conquise qu'il faut imputer le jugement et les actes de l'exécution qui s'y rattachent"(118).

Notons enfin que la dernière en date, et la seule actuellement en vigueur, des conventions internationales accordant aux individus une véritable voie de recours de nature internationale susceptible de leur assurer la possibilité de faire valoir certains droits dans le cadre de l'ordre juridique internaional, est la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 par la plupart des membres du Conseil de l'Europe qui entra en vigueur le 3 septembre 1953, date à laquelle le dixième instrument de ratification a été déposé entre les mains du secrétaire général du Conseil de l'Europe (119).

Cette convention avait le soin d'énumérer certains droits qu'elle protège(120), et d'instituer "à la différence

---

= Cf. pour l'examen de ces trois critiques :
Louis Delbez, op. cit., pp. 520—522.
Charles Rousseau, op. cit., pp. 578—579.

(118) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 411,

(119) Cf. sur cette convention en général la bibliographie détaillée publiée dans: W.I. Ganshof Van Der Meersch, Organisations Européennes, Sirey, Paris, 1966, pp. 247 — 252.

(120) Cf. sur l'énumération des droits protégés par la Convention, et des droits qu'elle a omi :
Paul Reuter, Organisations européennes, Collection Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, pp. 122 et s.
Roger Pinto, Les organisations européennes, Deuxième édition, Payot,Paris 1965, pp. 88 et s.

tribunal militaire international, dit le Tribunal de Nuremberg (114) "fut composé de quatre juges, désignés respectivement par les quatres puissances signataires, et de quatre suppléants" (115), et était compétent "pour juger — en déterminant d'une manière discrétionnaire soit la nature soit le quantum de la peine — trois catégories de faits : crimes de guerre, crimes contre la paix, crimes contre l'humanité" (116).

"Sur la nature du Tribunal militaire international de Nuremberg et sur l'existence, la nature et le fondement des catégories des crimes prévues par l'Acte de Londres, ainsi que sur l'appréciation politique et morale du jugement, une controverse doctrinale est encore en cours, et ne semble pas devoir prendre fin" (117). Nous sommes,

---

(114) L'accord de Londres du 8 août 1945 créant le Tribunal de Nuremberg, concernait la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe. En ce qui concerne l'Extrême-Orient, une charte similaire, signée le 19 janvier 1946 créa un autre tribunal militaire international dit le Tribunal de Tokio pour juger les grands criminels de guerre de nationalité japonaise.

Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 578.

(115) "Les juges devaient élire leur président. Ce fut le Lord Justice Lawrence qui fut désigné par ses collègues".

Cf. Louis Delbez, op. cit., p. 519.

(116) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 408.

Le système adopté à Moscou (La déclaration du 30 octobre 1943) étant basé sur la distinction fondamentale entre criminels ordinaires et grands criminels de guerre, le Tribunal de Nuremberg fut crée pour juger les seuls grands criminels de guerre. Les criminels de guerre ordinaires devaient être jugés par les tribunaux des pays contre lesquels ils ont commis leurs forfaits.

Cf. Louis Delbez, op. cit., p. 518.

(117) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 409.

En effet, "le tribunal de Nuremberg a été contesté dans sa légalité et on a dirigé contre lui trois critiques principales" qui concernaient "sa composition", la "violation par le système de Nuremberg de la règle nullum crimen ou nulla paena sine lege", et "la violation par le statut de Nuremberg du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale". =

Institué par l'accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (113), le

= Or, ce traité n'a pas crée aucune instance internationale ayant compétence pour juger les gouvernants accusés de crimes de guerre. Il se contenta d'annoncer — dans une formule très vague "qui traduisait l'embarras des rédacteurs du traité devent une notion nouvelle"—la mise en accusation publique de l'ex-empereur d'Allemagne Guillaume II "pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités" (l'article 227), et de permettre aux Puissances alliées et associées de traduire devant leur tribunaux militaires "les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre" (les articles 228 à 230).

D'ailleurs, malgré la timidité de la tentative, son echec sur les deux plans ne fut que total. D'une part, le gouvernement néerlandais refusa à deux reprises de livrer Guillaume II — "réfugié sur son territoire, et réclamé avec une certaine mollesse" — en invoquant "à l'appui de son refus sa qualité d'Etat tiers par rapport au traité de Versailles, l'inapplication de l'extradition aux crimes politiques et l'extension traditionnelle du droit d'asile à cette catégorie de délinquants". D'autre part, "des 896 criminels de guerre réclamés par les Alliés à l'Allemange le 3 février 1920, seuls 45 furent jugés et 9 condamnés par la Cour suprême de Leipzig, érigée à cette fin en juridiction criminelle par une loi allemande du 13 décembre 1919. Les Alliés ayant renoncé à obtenir l'extradition des coupables devant les refus successifs du Reich".

Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 575—576. —J. de Soto, op. cit., p. 709.

Louis Delbez, op. cit., pp. 517 — 518.

(113) Cet accord fut signé à Londres, le 8 août 1945, par l'U.R.S.S., Les Etats Unis, La France et l'Angleterre. Dix-huit pays y adhérèrent ultérieurement.

Cf. Louis Delbez, op. cit., p. 519.

Diverses déclarations antérieures avaient, en effet, affirmé la décision des Puissances Alliées de châtier comme crimes internationales les violations du droit des gens imputées aux ressortissants des Puissances de l'Axe. La déclaration de Saint James Palace du 13 janvier 1942 due aux neuf gouvernements en exil à Londres constitue l'antécédent le plus important de l'acte de Londres de 1945. Cette déclaration fut suivie par d'autres déclarations non moins importantes dont la plus significative fut celle de Moscou du 30 octobre 1943 sur le châtiment des criminels de guerre, et le principe fut réaffirmé par l'article 11 de la déclaration de Berlin du 5 juin 1945 concernant la défaite de l'Allemagne et la prise de l'autorité suprême par les gouvernements alliés.

Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 576 — 577.

J. De Soto, op. cit., pp. 710 — 711.

Rolando Quadri, op. cit., p. 407 note 85.

d'action directe devant une instance internationale est celui qu'offre la convention germano-polonaise du 15 mai 1922 relative à la protection des minorités et à la sauvegarde des droits de proprieté en Haute-Silésie qui créa un tribunal arbitral compétent pour connaître les actions intentées par les sujets de chacune de deux parties contre l'autre partie ou même "against their own State" (110). Cette expérience n'a pas duré que pendant une quinzaine d'années. La convention précitée a pris fin en 1937 (111) et n'était pas renouvellée après la deuxième guerre mondiale.

Or, si les Puissances alliées victorieuses dans la deuxième guerre mondiale n'ont pas crée des tribunaux semblables aux tribunaux arbitraux mixtes, et n'ont pas institué un régime international pour la protection des minorités pareil à celui qui fut appliqué en Haute-Silésie de 1922 jusqu'à 1937, elles ont crée un tribunal militaire international — de nature tout à fait différente — qui mérite, à notre avis, un examen à part, étant donné le fait qu'il n'avait pas de précedents dans l'histoire des relations internationales (112).

---

(110) Cf. Sir Hersh Lauterpacht, op. cit., p. 50.

Sir Humphrey Waldock, ibid.

Hans Kelsen, Principles of International Law, Second edition revised and edited by Robert W. Tucker, Holt Rinehard and Winston Inc., New York, 1966, p. 225

(111) Cf. L. Oppenheim, International Law, Vol. I — Peace, Eighth edition edited by H. Lauterpacht, Longmans Green and Co., London, 1958, p. 714, note 2.

(112) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 408. En effet, bien que "le principe de la responsablité internationale des Etats belligérants pour violation des règles relatives à la conduite des hostilités a été expressément posé par l'article 3 de de la convention IV de la Haye de 1907 d'après lequel "La Partie belligérante qui violerait les dispositions du dit règlement (Règlement annexé à la convention) sera tenue à indemnité, s'il y a lieu", et "sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée", le droit intenational positif n'a pas reconnu la responsabilité pénale des gouvernants en cette matière que dans le traité de Versailles.

autres — non moins prestigieux — tels les professeurs Dionisio Anzilotti et Georges Scelle sont d'avis que "ces sont des organes juridictionnels communs à deux Etats et non pas des organes juridictionnels internationaux"(107).

En tout état de cause, les derniers tribunaux arbi-, traux mixtes ont disparu définitivement en 1932(108) et les Puissances Alliées victorieuses dans la deuxième guerre mondiale avaient la sagesse de ne pas renouveller une experience discutée considerée parfois "une création assez artificielle, de caractère discriminatoire à l'égard de certains Etats, et en opposition certaine avec l'évolution traditionnelle de la territorialité de la pratique judiciaire dans la communauté internationale" (109).

Un autre exemple — non moins isolé — d'une convention internationale reconnaissant aux individus un droit

---

(107) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., pp. 135 — 136 qui base son point de vue sur le fait que les tribunaux arbitraux mixtes "ont dans certains cas une compétence facultative concurrente avec celle des tribunaux nationaux des Puissances alliées et associées", et trouve que "les dispositions des traités en question, qui accordent à l'individu le droit de recourir aux tribunaux arbitraux mixtes et établissent les règles applicables par ces tribunaux, sont devenues des normes internes de chacun des Etats contractants, grâce à l'approbation régulière et à la publication du traité dans les modalités exigées par la constitution, et composent un droit interne uniforme dont la réalisation uniforme est garantie par l'existence de l'organe juridictionnel commun".

Cf. aussi Georges Scelle, Droit internationl public : Manuel élémentaire avec les textes essentielles, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1944, p. 528.

Le regreté savant a précisé — dans son ouvrage précité — que les tribunaux arbitraux mixtes étaient " à proprement parler, des instances bi-étatiques plutôt que réellement internationales".

(108) Cf. Louis Delbez, op. cit., p. 456.

Charles Rousseau, op. cit., p. 510.

(109) Cf. Georges Scelle, op. cit., p. 528.

les ressortissants alliés), (b) les litiges relatifs aux contrats conclus avant la mise en vigueur du traité entre les ressortissants alliés et les ressortissants ennemis. Ils étaient ouverts aux Etats comme aux particuliers" (101) et "de nombreuses actions ont été intentées devant ces tribunaux internationaux par des individus" (102).

Bien que l'on ne doit pas sous-estimer le fait que ces tribunaux "étaient compétents pour connaître les actions intentées par un particulier contre un Etat ex-ennemi, ainsi que des litiges relatifs à des contrats conclus avant 1914 entre des individus devenus ultérieurement ennemis l'un de l'autre"(103), il faut cependant admettre qu'il "s'agissait d'un phénomène passager lié à la défaite des Puissances centrales et qui n'était pas destiné à créer un précédent pour de nouvelles expériences"(104), et que la nature internationale de ces tribunaux n'est pas certaine. En effet, si des auteurs prestigieux tels Sir Hersh Lauterpacht(105) et le professeur Charles Rousseau considèrent les tribunaux arbitraux mixtes "comme de véritables juridictions internationales" (106) certains

---

(101) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 509—Louis Delbez, op. cit., p. 456. Georges Scelle, op. cit., p. 527—J. de Soto, op. cit., p. 703.

(102) Cf. Sir Humphrey Waldock, ibid.

(103) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 217.

(104) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 403.

(105) Cf. Sir Hersh Lauterpacht, International Law and Human Rights, Stevens & Sons Limited, London, 1950, p. 50.

(106) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 510.
Notre grand maître trouve que "le fait que les individus étaient parties devant les T.A.M. ne doit pas empêcher de considérer ces derniers comme de véritables juridictions internationales, le critère véritable de la nature d'un tribunal étant d'ordre formel et résidant non dans le droit appliqué par lui ou dans la qualité des justiciables, mais dans l'acte qui est à la source de sa création et de ses pouvoirs; c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif".

d'importance au point de vue pratique''(97) de sorte que la Cour ne put exercer aucune influence réelle durant sa brève existence, les tribunaux arbitraux mixtes établis par les traités de paix conclus après la première guerre mondiale eurent indéniablement plus de succès.

Institués par les articles 304—305 du traité de Versailles, l'article 256 du traité de Saint-Germain, l'article 188 du traité de Neuilly, l'article 239 du traité de Trianon et l'article 92 du traité de Lausanne (98), "par méfiance envers les juridictions des pays ex-ennemis'' (99) "il y avait autant de T.A.M. que d'Etats belligérants groupés deux à deux (ex. T.A.M. franco-allemand, anglo-allemand, roumano-hongrois, etc.)'', et chaque T.A.M. comprenait "trois membres, un pour chaque Partie et un président neutre choisi par les Parties ou, à defaut, par le Conseil de la Société des Nations'', les décisions étant rendus à la majorité (100).

Les tribunaux arbitraux mixtes "étaient distinés à régler : (a) les litiges provoqués par les mesures exceptionnelles de guerre (liquidation, administration forcée, séquestre, dispositions prises par les Etats ennemis contre

---

(97) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 78.

(98) Charles Rousseau, Droit international public, Sirey, Paris, 1953, p. 509.

(99) Cf. Georges Scelle, Droit international public : Manuel élémentaire avec les textes essentielles, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris,1944, p. 527.

(100) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 510.
Louis Delbez, Les principes généraux du droit international public, Troisième édition, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, p. 566.

Georges Scelle, op. cit., pp. 527 — 528.

Cf. aussi, sur le fonctionnement des tribunaux arbitraux mixtes :

Rudolf Bluhdorn, Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris, R. C. A. D. I., 1932/3, t. 41, pp. 137 et s.

(la résolution du 6 mars 1909) (91), et de Salvador Cerda c. Costa-Rica (la résolution du 14 octobre 1911) (92), et Felipe Molina Larios c. Honduras (la "sentencia" du 10 décembre 1913) (93) les demandes furent déclarées irrecevables pour défaut d'épuisement des recours internes. Dans l'affaire Alejandro Bermudez y Nunez c. Costa-Rica, "la Cour déclara la demande sans fondement étant donné que les personnes qui résident dans un pays sont dans l'obligation d'en respecter la neutralié et que le décret d'expulsion du Costa-Rica était légal" (le jugement "sentencia" du 7 avril 1914) (94) et dans l'affaire l'affaire de l'élection du Président Gonzalez Flores de Costa-Rica "la Cour rendit le 3 juillet 1914 un jugement unanime (sentencia) dans lequel elle déclara la protestation (contre l'élection prétendue nulle du Président Gonzalez Flores) irrecevable, parce que cette protestation visait une intervention dans les affaires intérieures du Costa-Rica et qu'il ne s'agissait pas d'un cas présentant un caractère international" (95).

Or, si l'on ne saurait pas nier que "dès le debut, La Cour de Justice centre-américaine ait été vouée à l'insuccès"(96), et qu' "aucune des cinq affaires, dans lesquelles les demandeurs étaient des particuliers, n'offrait beaucoup

---

(91) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 56.

(92) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 57.

(93) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 59.

(94) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 60.

(95) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 61.

(96) Cf. Manley O. Hudson, op. cit., p. 77.

débats ou toutes les controverses qui pourraient survenir entre eux, de quelque nature qu'ils fussent et quelle que fût leur origine, dans les cas où les chancelleries respectives n'auraient pas pu arriver à un accommodement. La compétence fut également conférée à la Cour de connaître d'affaires entre un gouvernement et un particulier, ressortissant d'un autre Etat, pourvu qu'il s'agit, ou bien d'affaires de caractère international, ou bien de demandes alléguant une violation d'un traité ou d'une convention; dans les case de cet ordre, il n'était pas nécessaire que le gouvernement du particulier appuyât sa réclamation, mais, lorsqu'il s'agissait d'une réclamation introduite contre un gouvernement, il était indispensable que les remèdes locaux eussent été préalablement épuisés ou que l'on put prouver l'existence d'un déni de justice. Toute affaire entre un gouvernement contractant et un particulier pouvait être, d'un commun accord, soumise à la Cour"(88).

Durant son existence dix affaires furent soumises à la Cour. De ces dix affaires, cinq — parfois mal connues (89) — furent introduites par des particuliers et, dans chaque cas, la demande fut soit rejetée, soit declarée irrecevable, de sorte que "no decision was rendered in favour of the private party" (90).

Dans les affaires Diaz c. République de Guatemala

---

(88) Cf. Manley O. Hudson, La Cour Permanente de Justice Internationale, Edition francaise établie par le Baron d'Honincthun, Editions A. Pedone, Patis, 1936, p. 50.

(89) Il est, en fait, très frappant qu'une grande autorité du droit international tel notre maitre le Professeur Rolando Quadri n'a pas hésité à affirmer que "la Cour de Justice de l'Amerique Centrale, établie par le traité de Washington du 20 décembre 1907, ... n'a jamais fonctionné pour des affaires individuelles".

Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 411.

(90) Cf. W. Paul Gormley, The procedural status of the individual before international and supranational tribunals, Martinus Nijhoff, The Hague, 1966, p. 33.

Or, si l'un des auteurs trop optimistes a affirmé dans une étude plus récente que "l'individu, cet homme oublié de XXe siècle,... ... ..., allait entrer avec éclat dans la sphère des relations internationales" (85), nous trouvons, quant à nous, que la situation n'a pas beaucoup changé depuis la publication de 'l'étude remarquable de Maurice Bourquin que nous avons déjà cité.

En fait, il n'est pas absolument fréquent que des traités internationaux accordent aux particuliers la personnalité internationale dans le sens que nous avons précisé. Cependant l'on peut citer un certain nombre des traités, assez rares mais bien connus, "qui instituent des procedures ou des tribunaux internationaux à l'effet exprès d'appliquer aux individus des droits ou obligations nés des traités"(86)

La première convention internationale reconnaissant aux individus un droit d'action directe devant une instance internationale fut celle de Washington du 20 décembre 1907 instituant la Cour de justice centre-américaine (87).

Aux termes de cette convention conclue entre les cinq Républiques de l'Amérique centrale, les Etats contractants "étaient convenus de soumettre à la Cour, touts les

(85) Cf. Marcel Slusny, Quelques observations sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme, Mélanges offerts à Henri Rolin, Pedone, Paris, 1964, p. 374.

(86) Cf. Sir Humphrey Waldock, ibid.

(87) La Convention du 20 décembre 1907 instituant la Cour de justice centre-américaine fut la première convention *ratifiée* reconnaissant aux particuliers le droit de saisir un tribunal vraiment international, mais elle ne fut la première convention conclue qui conféra aux individus une telle possibilité. En fait la convention non ratifiée de la Haye du 18 octobre 1907 relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises reconnut aux particuliers le droit de saisir la Cour.

Cf. pour le projet de Cour internationale des prises :Manley O. Hudson, op. cit. pp. 80 et s.

de l'individu est extrêmement imparfaite, voire même nominale(83)."

10. *L'Etat de la pratique inernationale.*

Il y a une vingtaine d'années, Maurice Bourquin a écrit, qu' "un coup d'oeil sur la pratique contemporaine permet de constater que les barrières qui arrêtaient l'individu au seuil de l'organisation internationale commencent à céder ou du moins à s'entr'ouvrir". Mais ayant la finesse de comprendre que "sans doute le mouvement est-il encore timide", il mettait en garde les auteurs "enclins à prendre leurs désirs pour des réalités", d'attribuer à ce mouvement, "des proportions qui dépassent singulièrement la réalité présente", et n'a pas hesité à affirmer que "les cas dans lesquels l'ordre international le (l'individu) saisit directement et lui attribue compétence pour faire valoir lui-même ses droits restent tout à fait exceptionnels", et qui si l'on relève "une tendance à accroître le nombre de ces exceptions ... ... les innovations demeurent limitées à un cercle très étroit (84)".

---

(83) Cf. Paul Reuter, Principes de droit international public, R.C.A.D.I. 1961/2, t. 103, p. 502. Le professeur Reuter précise d'ailleurs, non sans raison, "qu'on a pu soutenir que l'individu était une personne de droit international, parce qu'une règle coutumière de ce droit lui inerdisait la piraterie ou que cetaines règles de même nature créaient des crimes de guerre. Il faut bien reconnaitre que si de telles infractions sont sanctionées par des juridictions purement nationales, ou par des réclamations diplomatiques entre Etats, ce n'est qu'un jeu de l'esprit de parler de personnalité internationale de l'individu. En revanche, si ce dernier devient dans ces hypothèses justiciable de tribunaux internationaux, la situation change completement. Il en est ainsi également en matière de droits de l'homme, ceux-ci ne confèrant vraiment à l'individu une pesonnalité internationale que lorsqu'ils sont aménagés sur un plan international avec un droit de réclamation, de pétition ou de sanction devant des organismes internationaux, juridictionnels ou non".

Cf. Paul Reuter, op. cit., p. 503.

(84) Cf. Maurice Bourquin, L'humanisation du droit des gens, La technique et les principes du droit public ; Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Tome Premier, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 44.

de l'homme "peut signifier seulement que les personnes du droit international doivent respecter ces droits de l'individu, autrement dit que l'individu constitue la fin du droit international, ce que personne ne nie plus maintenant, mais ce qui n'est pas la même chose que lui reconnâtre la personnalité" (80).

En fait, il ne suffit pas, selon nous, afin de prétendre qu'un certain traité a bien doté l'individu de la personnalité juridique internationale, qu'il oblige les Etats membres de lui garantir certains intérêts sur le plan de leur ordre juridique interne, sans toutefois lui accorder une véritable voie de recours de nature internationale susceptible de lui assurer la possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre de l'ordre juridique international, car "without subjecting the State to the juridiction of a tribunal, no rights of individuals in relations to the State are established" (81).

"The right to bring a claim (being) of the essence of juridical personality" (82), nous croyons que le vrai critère de la personnalité juridique internationale réside dans la possibilité d'un recours devant un organe international (soit sous la forme d'un vrai droit d'ester en justice, soit sous la forme d'un droit de pétition-plainte), et que "tant que ces voies ne se situent pas directement sur le plan du droit international, la personnalité internationale

---

(80) Cf. De Soto, op. cit., pp. 692 — 693.

(81) Cf. Hans Kelsen, "Principles of International Law, Second edition revised and edited by Robert W. Tucker, New York, 1966, p. 226.

(82) Cf. Sir Hersh Lauterpacht, "The Development of International Law by the Internationl Court", Stevens, London, 1958, p. 178.

l'on peut facilement faire état de l'opinion de plusieurs autorités du droit international à l'appui de chacune des tendances opposées, il ne saurait, à notre avis, être question, dans le cadre restreint de notre étude, de reprendre le problème dans son ensemble; il nous suffit de préciser notre point de vue personnel sur le problème (78).

9. *Les individus peuvent-ils se trouver revêtus de la personnalité juridique internationale ?*

A notre avis, l'individu n'est pas, en principe, l'un sujets habituels du droit des gens, et dès lors les traités ne peuvent lui faire engendrer des droits directs sur le le plan de l'ordre juridique international, sauf dans des cas tout à fait exceptionnels.

Néanmoins, étant donné que les sujets du droit international public "ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou quant à l'étendue de leurs droits",et que "leur nature depend des besoins de la communauté" (79)nous sommes d'avis que les sujets habituels du droit des gens peuvent, par le moyen d'un traité international, donner à l'individu, une personnalité juridique limitée quant à l'étendue et quant au temps.

Cependant, il ne faut absolument pas, "confondre les deux problèmes de la personnalité internationale de l'individu et de la reconnaissance des droits de l'homme en droit international, encore qu'ils aient indiscutablement des points communs", car la reconnaissance des droits

(78) Cf. sur l'ensemble du problème : Carl Aage Norgaard, The Position of the Individual in International Law, Munksgaard, Copenhagen, 1962.

(79) Cf. C.I.J., "Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies", Avis consultatif du 11 avril 1949, Recueil 1949, p. 178.

CHAPITRE II.

LE PROBLEME DANS LE CADRE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

8. *Position du problème* :

Nous avons déjà précisé dans l'introduction de cette étude qu' "afin qu'un certain acte de volonté, ainsi que le traité international, puisse faire naître des droits subjectifs directs en faveur d'un certain être, tel l'individu, ou lui imposer directement des obligations, il faut nécessairement que l'ordre juridique auquel appartient l'acte aussi bien que l'être, reconnaisse au premier la qualité de "source de droit", et au second la "personnalité juridique", c'est-à-dire la capacité d'être un sujet de droit" (75).

Or, s'il ne fait aucun doute que les traités internatinaux se trouvent bien parmi les actes de volonté capable de faire naître de vraies règles internationales "la question de savoir si, et dans quelle mesure, les individus peuvent être considérés comme sujet de droit international est, comme chacun le sait, une question controversée"(76).

Comme "il n'est aucun auteur "majeur" ou "mineur", qui n'ait donné son avis sur ce problème"(77) et comme

---

(75) Cf. supra, No. 2.

(76) Cf. le commentaire de Sir Humphrey Waldock sur l'article 66 de son projet d'articles, présenté avec son troisième rapport sur le droit des traités, document A/CN. 4/167 et add. 1 à 3, Annuaire de la Commission du droit international, 1964, vol. II.

(77) Cf. J. de Soto, L'individu comme sujet du droit des gens. Mélanges Scelle, T. II, p. 687.

publier le traité ou de le transformer d'une autre manière" (73).

Le problème rélèvant exclusivement du droit national, il souligne, et nous sommes d'accord avec lui, que même si le traité en question peut "prévoire expressément que ses normes doivent être appliquées directement par les organes des États contractants sans qu'il soit nécessaire de les transformer en droit national, dans ce cas une transformation serait néanmoins nécessaire si le traité devait être appliqué par des tribunaux autorisés seulement par la constitution à appliquer le droit crée par les organes législatifs de l'Etat" (74).

En d'autres termes, ce n'est pas le droit international qui pourrait conférer au traité le caractère self-executing, mais le droit constitutionnel de chacun des Etats contractants.

Nous nous avons posé une question au début du présent chapitre, à savoir : le traité international est-il l'une des sources du droit interne de chacune des Parties contractantes?, et nous croyons pouvoir maintenant lui donner une réponse définitive. A notre avis le traité international n'est jamais en soi l'une des sources du droit national, et ne peut avoir ce caractère à moins que la constitution de l'Etat en question ne le lui confère explicitement.

---

(73) Cf. Hans Kelsen, op. cit., p. 157.

Notons aussi qu'une telle disposition constitutionnelle n'est, à l'avis de certains auteurs, qu'un "transformateur permanent"

Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 303.

(74) Cf. Hans Kelsen, op. cit., p. 157.

même du traité en question, mais du droit national de de chacun des Etats parties au traité.

C'est, en fait, le point de vue de Hans Kelsen qu'il n'a pas manqué d'exprimer fort clairement dans ses cours professés à l'Académie de La Haye en 1953. D'après cet illustre savant, "c'est la constitution de chaque Etat qui détermine si un traité, même s'il est conclu avec l'approbation de l'organe législatif, doit être transformé en une loi ou en un décrét du pouvoir exécutif" étant donné que "la nécessité d'une transformation dépend du droit national et non du droit international"(72).

Par conséquent, il trouve, non sans raison, que "si les dispositions du traité doivent être appliquées par des tribunaux étatiques indépendants du gouvernement et si la constitution de l'Etat permet aux tribunaux d'appliquer seulement le droit crée par les organes législatifs de l'Etat, en pareil cas une véritable trans formation du traité en une loi est certainement nécessaire" mais précise qu' "il se peut aussi que selon une disposition constitutionnelle les traités conclus par l'Etat conformément à la constitution soient obligatoires pour les organes et les sujets de l'Etat et notamment pour les tribunaux au même titre que les lois et les autres normes juridiques créées par les organes législatifs de l'Etat, sans qu'il soit nécessaire de

---

(72) Cf. Hans Kelsen, Théorie du droit international public, R.C.A.D.I., 1953/3, t.84, p. 158 qui précise, non sans raison, que si "un grand nombre de constitutions prévoient que tous les traités ou certains d'entre eux, doivent pour être valables être approuvés par l'organe législatif, une telle approbation n'est pas une transformation. Elle est une participation de l'organe législatif à la conclusion du traité, c'est-à-dire à la création de normes du droit international", (ibid., p. 158).

If the national executive, the government of the day, decide to incur the obligations of a treaty which involve alteration of law, they have to run the risk of obtaining the assent of Parliament to the necessary statute or statutes. To make themselves as secure as possible, they will often in such cases before final ratification seek to obtain from Parliament an expression of approval. But it has never been suggested, and it is not the law, that such an expression of approval operates as law, or that in law it precludes the assenting Parliament, or any subsequent Parliament, from refusing to give its sanction to any legislative proposals that may subsequently be brought before it.

Parliament, no doubt, ..., has a constitutional control over the executive : but it cannot be disputed that the creation of the obligations undertaken in treaties and the assent to their form and quality are the function of the executive alone. Once they are created, while they bind the State as against other contracting parties, Parliament may refuse to perform them and so leaves the State in default"(71)

7. *Conclusion du Premier Chapitre*

Malgré toute l'estime que nous devons à l'opinion adoptée par la C.P.J.I. dans son avis consultatif précité relatif à la compétence des tribunaux dantzikois à l'égard des fonctionnaires des chemins de fer polonais, nous croyons que la valeur de source directe des droits ou des obligations que les traités internationaux pourraient avoir à l'égard des particuliers dans le cadre des différents ordres juridiques nationaux ne dépend ni de l'intention consciente ou inconsciente des Parties contractantes, ni de la nature

(71) Cf. Annual Digest, vol. 8, Years 1935 — 1937, Case No. 17, p. 43.

Par conséquent, "eu égard aux principes du droit international et de la constitution britannique, on pourrait concevoir une situation dans laquelle un traité, valable au point de vue du droit international, ne pourrait pas entrer en vigueur par suite de refus du Parlement. En d'autres termes, il pourrait arriver qu'un traité qui lie la Grande-Bretagne sur le plan du droit international reste lettre morte du point de vue du droit interne"(70).

Le droit positif anglais régissant la matière fut, en fait, le mieux précisé par Lord Atkin dans l'arrêt rendu, le 28 janvier 1937, par le British Empire Judicial Committee of the Privy Council dans l'affaire Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario (on appeal from the Supreme Court of Canada) en ces termes :

"Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action.

Unlike some other countries, the stipulations of a treaty duly ratified do not within the Empire, by virtue of the treaty alone, have the force of law.

---

in the negative, the crown must induce the Parliament to legislate so as to make the necessary change in the law or to equip the Crown with the necessary power to execute the treaty. If Parliament declines to do so, the Crown will not conclude the treaty; if per incuriam the Crown has already done so, the United Kingdom is bound by it, for the Crown is internationally omnicompetent in the matter of treaties, and the Crown must do its best to extricate the country from an embarrassing situation. Even the fact that the treaty has been duly concluded and is internationally binding upon the United Kingdom, does not enable a British court to give effect to it municipally if it should conflict with the law of the land".

(70) Cf. D. Lasok, op. cit., p. 973.

à la Couronne le treaty making power (64) et "n'impose acucune limite à la compétence du souverain en matière de traités"(65) qui entrent en vigueur internationalement une fois signés et ratifiés par la Reine "même si le pouvoir législatif refuse d'y collaborer"(66), l'adaptation de l'ordre juridique interne au traité étant toutefois l'affaire exclusive du Parlement(67).

En effet, l'application du principe de la Common Law d'après lequel "international law is a part of the law of the land" étant strictement reservée au droit international non écrit(68), aucun traité n'est self-executing en Grande-Bretagne, car il faut toujours transformer le traité en droit interne par un acte pris par le parlement afin qu'il puisse être appliqué par les tribunaux britanniques(69).

---

(64) Cf. Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, at Clarendon Press, 1961, p. 68.

Lord McNair précise en effet que "the organ in which, constitutionally, the treaty-making power resides is the Crown, that is, Her Majesty, acting upon the advice of Her Ministers. It is the Crown which in vertue of the royal prerogative issues Full Powers for the negociaton and signature of treaties and ultimately ratifies them ... Internationally the Crown is omni-competent in the matter of treaties, and we are aware of no constitutional or other limitation upon the power of the Crown to conclude on behalf of the United Kingdom an internationally valid treaty. Nevertheless, ..., although the treaty is internationally valid, it does not follow that it can receive municipal effect without legislation or some other Parliamentary activity".

(65) Cf. D. Lasok, op. cit., p. 966.

(66) Cf. D. Lasok, op. cit., p. 968.

(67) Cf. R. Quadri, op. cit., p. 309.

(68) Cf. R. Quadri, op. cit., p. 309.

(69) Cf. Lord McNair, op. cit., p. 81, qui précise qu'en Grande-Bretagne "no treaty is self-executing; no treaty requiring municipal action to give effect to it can receive that effect without the co-operation of Parliament, either in the form of a statute or in some other way. Whenever a treaty, or anything done in pursuance or it, is likely to come into question in a court of law or require for its enforcement the assistance of a court of law, the question at once will arise whether any action required on the part of the executive or the courts of law to give effect to the provisions of the treaty is, or is not, already authorised by the existing law of the land. If the answer is=

A partir de l'arrêt rendu dans l'affaire Foster v. Neilson, personne en effet ne conteste plus que "it is perfectly possible, under the... constitutional provisions, to make law in the United States by exercise of the treaty power without aid from congress" (61) et que l'on doit faire la distinction entre les traités n'ayant que la valeur d'un "promise on the part of the Uited Stated States to do an act" et qui ne peuvent produire des effets directs vis-à-vis des particuliers à moins qu' "an implementing statute doing the act must be passed by Congress" afin que "the Court will permit the subject matter of the treaty to be affected", et les traités self-executing qui étant "absolute in its terms as an ordinary statute ... will be enforced as the supreme law of the land" (62), sans qu'il soit nécessaire de les transformer en droit interne.

Si le système juridique amércain se trouve indéniablement consideré comme le cas typique des systèmes jurdiques nationaux établissant la distinction entre les traités self-executing et les traités dépourvus de ce caractère, le système juridique anglais constitue, quant à lui, l'un des exemples les plus frappants des systèmes juridiques nationaux ne reconnaissant point cette distinction.

Etablissant "une distinction nette et fortement accentuée entre le traité international et son efficacité interne"(63) la constitution anglaise confère exclusivement

---

(61) Cf. E.D. Dickinson, op. cit., p. 447.

(62) Cf. Roger Lea Mac Bride, op. cit., p. 40.

(63) D. Lasok, Les traités internationaux dans le système juridique anglais, R.G.D.I.P., 1966, p. 96

in its terms as an ordinary statute"(58) "it is intended to operate as domestic law without enabling legislation"(59).

La distinction entre les traités internationaux self-executing let les traités internationaux non-self-executing fut en effet consacrée par la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire très célèbre Foster v. Neilson.

Après avoir rappelé le principe général selon lequel "a treaty is in its nature a contract between two nations, not a legislative act. It does not generally effect, of itself, the object to be accomplished, especially so far as its operation is infra-territorial, but is carried into execution by the sovereign power of the respective parties to the instrument", le chief Justice Marshall déclara dans l'arrêt rendu en 1829 dans l'affaire Foster v. Neilson précitée que "in the United States a different principle is established. Our constitution declares a treaty to be the law of the Land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty adresses itself to the political, not the judicial department, and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the court"(60).

---

(58) Cf. Roger Lee Mac Bride, Treaties versus the constitution. The Caxton Printers limited, Caldwell, Idaho, 1955, p. 40.

(59) Cf. William C. Gordon, Self-executing treaties — The Genocide convention, Michigan Law Review, 1950, vol. 48, p. 857.

(60) Cf. Alona E. Evans, Self-executing treaties in the United States of America, B.Y.B.I.L., 1953, p. 185; — William C. Gordon, op. cit., p. 853; — Roger Lea Mac Bride, op. cit., p. 39; — Edwin D. Dickinson, Are the liquor Treaties self-executing ? A.J., 1926, pp. 447 — 448.

que le traité international puisse produire des effets directs à l'égard des individus soumis à leur juridiction, d'autres systèmes nationaux font la distinction entre les traités internationaux self-executing, et les traités qui n'ont pas ce caractère et n'exigent l'intervention d'un acte de transformation qu'en ce qui concerne la deuxième catégorie.

A la tête des systèmes juridiques nationaux reconnaissant à certains traités internationaux le caractère self-executing, le système américain a une place toute particulière.

En effet, interprétant l'article 6 de la constitution des Etat Unis selon lequel tous les traités internationaux conclus ou à conclure par le gouvernement fédéral sont tenus pour la loi suprême du pays, les tribunaux de chacun des Etats fédérés devant s'y conformer nonobstant toute norme contraire de la constitution ou des lois d'un Etat fédéré (56) la Cour suprême des Etats Unis a trouvé que "tout traité conclu par les Etats Unis doit être appliqué par les organes compétents de la même manière que les lois adoptées par l'organe législatif qui est le congrès"(57) et pourrait dès lors produire des effets directs à l'égard des individus sans qu'il soit nécessaire de le transformer d'abord en droit interne par la voie d'un acte juridique spécial émanant du pouvoir législatif, lorsque "absolute

---

(56) L'article 6 de la constitution des Etats Unis dispose en effet que "this constituion and the laws of theUnited States which shall be made in pursuance there of and all treaties made, or which shall be made under the authority of the United States, shall be the supremelaw of theland, and the judges in every State shall be bound there by, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding".

(57) Cf. Hans Kelsen, op. cit., p. 157.

international, mais un problème de technique constitutionnelle"(52), que l'on ne saurait envisager que "in the light of the national legal system concerned"(53), car c'est en effet à la constitution de chaque Etat "qu'il appartient de dire de quels critères l'administration et les tribunaux devront s'inspirer pour faire prévaloir la norme internationale"(54), et de déterminer "si un traité, même s'il est conclu avec l'approbation de l'organe législatif, doit être transformé en une loi ou en un décret du pouvoir exécutif"(55).

Si l'on examine le problème à la lumière des données constitutionnelles relatives aux principaux systèmes juridiques nationaux, l'on ne manque pas de remarquer que les solutions nationales ne sont pas toujours les mêmes. Tandis que certains systèmes exigent immanquablement l'intervention d'un acte juridique de transformation afin

(52) Cf. Pierre Lardy, La force obligatoire du droit international en droit interne, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, p. 247.

Cf. aussi Hans Kelsen, Théorie du droit international public, R.C.A.D.I., 1953/3, t. 84, pp. 157 — 158.

(53) Cf. Van Panhuys, op. cit., p. 77.

Cf. aussi : A.E. Evans, Self-executing treaties in the United States of America, B.Y.B.I.L., 1953, p. 193.

D'après le professeur Evans "the definition of self-executing treaties, which is essentially a problem of the enforcement of treaties, is a matter to be determined by the municipal law of a given State, interpreted with due consideration of the costitutional history of the Sate, the organisation of its government, and, indeed, of the political currents of a given period".

Il trouve aussi que "the distinction between self-executing treaties and non-self-executing treaties may not be open to generalization for purposes of international law. Nevertheless, an understanding of the nature of the problem is necessary in the field of international law, because of the implications of the problem for the basic obligation of States to execute their validly concluded international agreements".

(54) Cf. Pierre Lardy, op. cit., p. 248.

(55) Cf. Hans Kelsen, op. cit., p. 158.

ente des Parties contractantes est le seul critère valable pour déterminer le caractère self-executing que pourraient avoir certains traités, "in its turn the European Court has moved still further away from this premise. No reference can be found in the Van Gend & Loos decision to any well-established principle militating against the creation of private rights and duties under international law nor was an reference made to the "intention of the parties". The words actually employed, namely "having regard to the spirit, system and wording" of the relevant treaty provisions, do not appear at any rate to require any actual or conscious "intention" on the part of the persons who have participated in drafting the text. It is the nature or spirit of their product that is thus held to be conclusive rather than their intentions"(51)

Nous pouvons donc conclure que de la conception dualiste jadis dominante dans la pratique internationale, la jurisprudence internationale ne retient plus qu'une simple présomption (d'ailleurs refutable) de l'inapplicabilité immédiate des traités, et que le critère du caractère self-executing du traité n'est plus nécessairement l'intention consciente des Parties contractantes, mais peut aussi être dégagé de la nature même du traité en question.

6 — *Le problème dans le cadre de principaux systèmes juridiques nationaux* :

A l'avis de certains auteurs, le problème des effets directs que les traités internationaux pourraient produire à l'égard des particuliers "n'est pas un problème de droit

(51) Cf. J.H.F. Van Panhuys, op. cit., p. 32.

Notons, enfin, que dans un arrêt rendu le 5 février 1963, dans l'affaire No. 26 — 62(47) la Cour de Justice des Communautés Européennes, était d'avis que pour savoir si l'un des articles "du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des Etats membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder,... il faut en envisager l'esprit, l'economie, et les termes"(48), et trouvant "que selon l'esprit, l'économie, et le texte du traité (instituant la C.E.E.), l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder"(49) elle déclara "pour droit", que "l'article 12 du traité instituant la C.E.E. produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder"(50)

Cet arrêt marque, à notre avis, une nouvelle étape dans l'évolution de la jurisprudence internationale.

Tandis que la Cour permanente, avait le soin de préciser, dans son avis consultatif précité, que "selon un principe de droit international bien établi", un traité international "ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers",et que l'intention consci-

---

(47) Cf. Cour de Justice des Communautés Européennes, Demande de décision préjudicielle au sens de l'article 177 du traité C.E.E., présentée par la Tariefcommissie à Amsterdam le 16 août 1962 dans le litige : N.V. Algemene Transport — En Expeditie Ondernming Van Gend & Loos, contre Administration fiscale Neerlandaise, Affaire No. 26 — 62, Arrêt de la Cour du 5 février 1963.

(48) Cf. l'arrêt précité, p. 22.

(49) Cf. l'arrêt précité, p. 25.

(50) Cf. l'arrêt précité, p. 28.

tions pour les particuliers sans qu'il soit nécessaire de leurs transformer d'abord en droit interne(46)

Le principe général étant que le traité international n'est pas en soi une source de droit interne, l'on peut soutenir l'existence d'une simple présomption d'après laquelle tout traité doit être considéré comme non-self-executing à moins qu'il ne soit établi que les Parties contractantes ont voulu lui attribuer le caractère self-executing, l'intention consciente des Parties contractantes étant, d'après la C.P.J.I., le seul critère valable pour déterminer le caractère self-executing des traités.

---

(46) Cf. pour la définition du caractère self-executing que le traité international pourrait avoir :

Leslie Henry, When is a treaty self-executing, Michigan Law Review, vol. 27, 1928 — 1929, pp. 776 — 785.

D'après Mr. Henry "a self-executing treaty is a treaty which, of its own force, furnishes a rule of municipal law for the guidacne of municipal courts in deciding cases involving the rights of individuals" (p. 776).

Cf. aussi J. H.F. Van Panhuys, Relations and interactions between international and national scences of law, R.C.A.D.I., 1964/2, t. 112, pp. 76. — 77

D'après Van Panhuys le terme "self-executing" pourrait être utilisé en deux sens bien distincts :

(1) "the term may be used to express the concept that under the law of a given State, certain rules of international law, especially those laid down in treaties, do not need any incorporation in order to have internal effect. ... ... The term thus used does not indicate to what extent a given rule of international law will be operative within the ambit of municipal law. It simply singnifies that, in respect to the type of rule concerned, there is no necessity, as a matter of principle, for any incorporation enactment.

(2) "Secondly, the term may be employed to denote the character of the rules concerned. If taken in this sense, the expression "non self-executing" means that the rule is so phrased as to require further enactments for its implementation.

If taken in its second meaning, the term connotes a general concept, valid also in other fields of law.

A statute, ..., may just as well be non self-executory, or self-executory, as a treaty".

écrit qu'il ne touche en rien, au principe général d'après lequel "un traité international n'est pas en soi source de droit interne" mais admet "et par là on dépasse les vues étroites de la théorie dualiste", qu'il est toujours possible de stipuler le contraire et de décider qu'un traité constituera une source directe de droits et d'obligations pour des particuliers" avant de conclure en déclarant que "s'il est vrai qu'un traité n'a pas en principe d'effets directs à l'égard des individus, il est abusif d'en conclure, comme l'ont fait les dualistes, qu'il ne peut jamais en avoir. Est seul déterminant à cet égard l'accord de volontés des Parties"(45).

A notre avis, admetre — en tant qu'exception à la règle générale selon laquelle un "accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers" — qu'un tel acte juridique international pourrait constituer une source directe de droits et d'obligation pour des particuliers, si les Parties contractantes entendaient lui attribuer cette capacité, implique logiquement la distinction entre deux catégories bien distinctes des traités internationaux, à savoir :

a) Les traités internationaux non self-executing qui ne peuvent produire des effets directs à l'égard des individus, à moins qu'ils ne soient introduits dans le droit interne de l'Etat en question.

b) Les traités internationaux self-executing qui peuvent créer directement des droits et des obliga-

---

(45) Cf. Charles Rousseau, op. cit., pp. 438 — 439.

of readiness to remain in the Polish Railway service upon the conditions contained in the Beamtenabkommen.

b) the contracts of service were not international agreements, and, when suing the Administration in reliance upon those provisions, the officials were enforcing municipal rights — not international rights — in municipal courts''(43).

Anzilotti, le président de la Cour qui a émis l'avis, trouve quant à lui, qu'il n'est aucunement en contradiction avec la thèse dualiste. D'après lui, l'avis "ne dit pas qu'un traité, comme tel, peut créer des droits et des obligations pour des individus, sans besoin que les règles y afférentes soient incorporées dans le droit interne : il dit seulement que l'intention des Parties Contractantes peut être celle d'adopter des règles déterminées créant des droits et des obligations pour des individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Si, dans le cas d'espèce, la Cour n'a pas cru nécessaire d'examiner si l'adoption des règles formulées dans l'accord avait effectivement eu lieu, c'est parce qu'elle a retenu que la partie qui s'était obligée d'adopter les dites règles ne pouvait en aucun cas se prévaloir du fait de ne pas avoir exécuté cette obligation pour se soustraire aux devoirs que l'accord lui imposait envers l'autre partie contrac tante" (44).

C'est, à notre avis, Charles Rousseau qui a saisi le mieux la vraie portée de cet avis consultatif, quand il a

(43) Cf. Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, at the Clarendon Press, 1961, p. 338.

(44) Cf. Dionisio Anzilotti, Cours de droit international, Traduction Française par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, pp. 407 — 408.

d'interprétation doit être appliqué par la Cour en la présente espèce"(39).

Cet avis consultatif, étant le précedent jurisprudentiel le plus important dans la matière, fut et reste jusqu'à maintenent, diversement interprété par la doctrine.

Quelques auteurs [(Sibert (40) et Lauterpacht (41)] l'interpretent comme signifiant que des droits ou des obligations peuvent être directement conférés ou imposés à des individus par voie de traité, si "les hautes Parties Contractantes ont accepté que le traité conférât directement des droits à leurs ressortissants", ou "si ces ressortissants peuvent administrer la preuve de cette volonté ou de cette simple intention des parties"(42).

D'autres auteurs doutent que tel soit vraiment le sens de l'avis de la Cour.

Lord McNair trouve en effet que :

"The simple and natural explanation of the effect of the Advisory Opinion is as follows :—

a) Poland came under a duty to give to the railway officials who opted to remain in the Polish Railway Service, the benefit of the provisions of the Beamtenabkommen, and this duty was discharged by incorporating those provisions into the officials' contracts of service by means of their declarations

---

(39) Cf. L'avis consultatif précité, pp. 17 et 18.

(40) Cf. Marcel Sibert, De l'effet des traités vis-à-vis des individus, Mélanges offerts à Ernest Mahaim, Tome II, Sirey, Paris, 1936, pp. 339 — 340.

(41) Cf. Sir Hersch Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, Stevens, London, 1958, pp. 173 — 176.

(42) Cf. Marcel Sibert, op. cit., p. 340.

La Cour, quant à elle, consacra la thèse dantzikoi,se en considérant l'accord en question somme faisant partie intégrante du contrat de service des fonctionnaires dantzikois, et en reconnaissant aux juridictions internes le droit et le devoir de l'appliquer, malgré son defaut d'incorporation dans les règlements polonais.

Voici le passage essentiel de l'avis consultatif :

"Le point litigieux revient donc à ceci : le Beamtenabkommen tel qu'il est, fait-il partie du complexe des dispositions qui regissent les rapports juridiques entre l'Administration polonaise des chemins de fer et les fonctionnaires dantzikois passés à son service (contrat de service) ?

La réponse à cette question dépend de l'intention des Parties contractantes. On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le Beamtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées,créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Que telle ait été l'intention, dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux terms du Beamtenabkommen. Le fait que les diverses dispositions ont revêtu la forme d'un Abkommen est une preuve complémentaire, mais non une preuve décisive, quant à la nature et à l'effet juridique de l'acte. L'intention des Parties — que l'on doit chercher dans le contenu de l'accord, en prenant en considération la manière dont l'accord a été appliqué — est décisive. Ce principe

fer) (37) que l'on considère généralement comme le précédent jurisprudentiel le plus important dans la matière.

La question qui se posait devant la Cour, dans cette affaire, était celle de savoir si l'accord polono-dantzikois du 22 octobre 1921, relatif aux droits et obligations du personnel ferroviaire dantzikois passé au service de l'Administration polonaise (le Beamtenabkommen), avait des effets directs à l'égard dudit personnel.

Les thèses des deux parties peuvent être brièvement resumées de la manière suivante :

(A) La pologne soutenait :

1. que le Beamtenabkommen, accord international, ne crée de droits et d'obligations qu'entre les Parties contratantes.

2. que le Beàmtenabkommen, comme tel, ne pouvait — ses dispositions n'ayant pas été incorporées dans la législation interne polonaise — créer directement des droits et obligations pour les individus interessés.

B) Dantzig soutenait, par contre, que le Beamtena bkommen, bien qu'il soit en la forme, un accord international, était destiné, dans l'intention des Parties contractantes, à constituer une partie du "complexe des stipulations qui établit les rapports juridique entre l'Administration dés chemins de fer et les employés" (Contrat de service),et que c'est le fond plutot que la forme d'un acte qui détermine son caractère juridique (38).

---

(37) Cf. l'avis consultatif No. 15, Publication de la C.P.J. I., Serie B, No. 15.

(38) Cf. l'avis consultatif précité, p. 17.

pas accorder à des individus ou à une classe de personnes la liberté de pêcher" mais "entend assurer aux Etats Unis une part des pêcheries.... non seulement dans l'intérêt d'une certaine classe d'individus,mais, aussi dans l'intérêt des Etats Unis et de Grande-Bretagne".(34)

L'importanc de cette sentence réside dans le fait que "jusque-là le problème, qu'on le tranchât en reconnaissant ou en niant que les traités puissent imposer directement des droits ou des devoirs aux particuliers, n'avait pas cessé d'être d'ordre purement abstrait. Dans sa réponse au second point que les Etats en litige lui avait soumis, la Cour Permanente d'Arbitrage en fit une question d'interprétation de la volonté des parties"(35). Elle tira, en fait, sa conclusion que "les habitants des Etats Unis ne tirent pas la liberté de pêcher directement du traité", de l'intention des parties de ne "pas accorder à des individus ou à une classe de personnes la liberté de pêcher dans certaines eaux", d'où l'on pourrait déduire qu'elle a tacitement reconnu au traité la capacité de faire naître des droits directs en faveur des particuliers si tel étail bein l'intention des Parties contractantes.

"Le germe nouveau déposé par cette décision, d'une manière encore un peu confuse,dans la théorie des traités internationaux et leurs effets, devait être précisé et développé, vingt ans après environ"(36) par un avis consultatif très célèbre rendu par la Cour permanente de justice internationale le 3 mars 1928 dans l'affaire de la compétence des tribunaux de Dantzing (Réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais, contre l'administration polonaise des chemins

(34) Cf. la sentence rendue par la C.P.A., op. cit., p. 185.

(35) Cf. Marcel Sibert, op. cit., p. 337.

(36) Cf. Marcel Sibert, op. cit., p. 338.

bourg dans l'affaire Yuille Shortridge et Cie entre la Grande-Bretagne et le Portugal (30) consacrant implicitement la théorie en vertu de laquelle lorsqu'un traité vise la protection des intérêts privés, les particuliers intéressés peuvent renoncer à son bénéfice, ce qui implique que c'est à ces particuliers que le traité a reconnu des droits. Il va de soi qu'admettre que les droits créés par un traité au profit d'individus peuvent faire, de la part de ceux-ci, l'objet d'une renonciation, c'est en effet admettre que les traités peuvent créer des droits directs en faveur des particuliers(31).

La deuxième phase de l'évolution jurisprudentielle anti-dualiste fut consacrée par la sentence arbitrale rendue le 7 septembre 1910 par la Cour permanente de de l'Arbitrage dans l'affaire des Pêcheries de la Côte Septentrionale de l'Atlantique opposant La Grande-Bretagne aux Etats Unis(32).

Dans cette affaire la C.P.A. eut à interpréter le traité du 20 octobre 1818 entre la Grande-Bretagne et les Etats Unis, et la question de l'effet des traités internationaux à l'égard des particuliers fut l'une des celles qui retinrent son attention. La Cour trouva que "les habitants des Etats Unis ne tirent pas la liberté de pêcher directement du traité, mais du gouvernement des Etats Unis comme partie du traité"(33), parce que "le traité n'entend

---

(30) Cf. A.De La Pradelle et N. Politis, Recueil des arbitrages internationaux Tome Deuxième (1856 — 1872), Paris, 1957, p. 78 et s.

(31) Cf. pour l'analyse de cette sentence : Charles Rousseau, op. cit., p. 437; Marcel Sibert, De l'effet des traités vis-à-vis des individus, Mélanges offerts à Ernest Maheim, Tome II, Sirey, Paris, 1935, p. 336.

(32) Cf. pour le texte de cette sentence: James Brown Scott, Les travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, Oxford University Press, New-York, 1921, pp. 153—238.

(33) Cf. la sentence rendue par la C.P.A., op. cit., p. 186.

et que le traité international peut créer des droits directs pour les individus et les imposer directement des obligations car "son effet est immédiat et non médiat sur ces individus"(26).

En fait, les partisans de l'école moniste sont unanimes à déclarer avec Scelle que les traités internationaux obligent immédiatement et directement les particuliers, et "n'ont besion d'aucun acte d'introduction ou de reception dans le droit interne pour avoir force obligatiore"(27), car, comme Hans Kelsen le précise, "si le droit international pouvait obliger l'Etat seul et non ses sujets..., il serait absolument dépourvu de force obligatoire. Car, si de l'Etat on soustrait...les individus, il ne reste plus rien qui puisse être obligé" (28).

5 — *L'attitude de la jurisprudence internationale.*

Malgré le prestige indéniable de la pensée dualiste, et l'influence considérable qu'elle n'a pas manqué d'exercer sur la jurisprudence internationale depuis plusieurs décennies, celle-ci s'est trouvée devant des cas où il lui était vraiment bien difficile de repousser certaines solutions incompatibles avec le dualisme classique, et de ne pas "reconnaître que les traités internationaux pouvaient établir des règles juridiques s'adressant directement aux particuliers"(29).

Cette évolution a commencé, en fait, par la sentence arbitrale rendue le 21 octobre 1861 par le Sénat de Ham-

---

(26) Cf. Georges Scelle, Précis de droit des gens (Principes et systématique), Deuxième partie, Sirey, Paris, 1934, p. 348.

(27) Cf. Georges Scelle, op. cit., p. 349.

(28) Cf. Hans Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, R.C.A.D.I., 1926/4, t. 14, pp. 287—288.

(29) Cf. Charles Rousseau, op. cit., p. 437.

C'est aussi le point de vue de Louis le Fur (22), et de Paul Fauchille(23) ,mais c'est peut être Laband qui a exposé la thèse dualiste avec le plus de force quand il a précisé qu' "un traité international n'a pas, par sa nature, d'effets juridiques à l'intérieur vis-à-vis des corps constitués et des sujets, mais purement et simplement à l'extérieur ... Les traités engagent simplement les Etats et jamais leurs sujets; ils ne créent toujours que des droits et des devoirs internationaux, jamais des règles de droit. Les sujets sont engagés, non par des transactions internationales, mais uniquement par des ordres de leur gouvernement''(24)

Si les dualistes nient au traité international la qualité de source de droit, et dès lors n'admettent jamais qu'il puisse faire naître directement des droits ou des obligations à l'égard des individus, les monistes trouvent, quant à eux, comme Georges Scelle l'a bien souligné,qu'il n'existe logiquement aucun besion "pour que le traité soit obligatoire dans chaque circonscription étatique déterminée, qu'il soit"introduit'' dans l'ordre juridique interne par un acte de puissance publique qui l'y incorporerait''(25)

---

(22) Cf. Les documents relatifs à l'avis consultatif No.15 rendu par la Cour permanente de Justice Internationale le 3 mars 1928 dans l'affaire de la compétence des tribunaux dantizikois à l'égard des fonctionnaires des chemins de fer polonais, Publications de la C.P.J.I., Serie C, No. 14/1, Treizième session, pp. 287 — 300, surtout p. 288 et p. 289.

(23) Fauchille trouve qu'afin que les traités "produisent leurs effets vis-à-vis des citoyens et des sujets d'un Etat, il faudra que cet Etat accomplisse certains actes à l'intérieur de lui-même''.

Cf. Paul Fauchille, Traité de droit international public, Tome Ier., 3ème Partie, Paris, 1926, p. 355.

(24) Cf. Laband, Le droit public de l'Empire allemand, traduction Française, Tome II, pp. 438 et s., cité par Charles Rousseau, Principes généraux du droit international public, Tome I, Editions A. Pedone, Paris, 1944, p. 430.

(25) Cf. Georges Scelle, Droit international public (Manuel élémentaire avec les textes essentiels), Les éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1944, p. 471.

trouve, quant à lui, qu'un traité international n'est donc jamais en soi un moyen de création du droit interne". Il n'est, selon lui, qu'une simple "invitation à créer ce droit", la formation du droit reposant "toujours, dans l'Etat, sur un acte particulier de volonté de l'Etat, distinct de sa participation au developpement juridique international" (18).

D'après Anzilotti "les clauses qui se rencontrent fréquemment dans les traités et qui, en apparence, expriment l'attribution des droits ou l'imposition de devoirs à des individus ou à des organes (par exemple le droit d'accès aux tribunaux, le droit d'acquérir des biens, le droit d'exercer le commerce, d'obtenir des brevets, etc., et les devoirs correspondants d'autres individus ou d'organes étatiques), en réalité, dans la mesure où elles font partie du traité, sont des manières impropres d'exprimer que l'Etat promet à un autre Etat d'accorder les droits dont il s'agit ou d'imposer des obligations"(19) car à son avis, "il n'est pas possible qu'un traité international soit en même temps, où devienne une loi de l'Etat"(20) étant donné que "le traité et la loi sont distincts entre eux, de même que sont distincts les ordres juridiques auxquels l'un et l'autre appartiennent"(21).

---

(18) Cf. C.H. Triepel, op cit., p. 84.

(19) Cf. Dionisio Anzilotti, Cours de droit international, Premier volume (Introduction — théories générales), Traduction française d'après la troisième édition italienne revue et mise au courant par l'auteur, par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, pp. 403—404,

(20) Cf. Dionisio Anzilotti, op. cit., p. 404.

(21) Il précise, cependant, que "si le traité, comme tel, n'est pas et ne peut pas devenir, une loi, il peut à l'inverse être et il est fréquemment l'occasion de l'édiction d'une loi, ou mieux de normes juridiques internes requises pour l'exécution des obligations ou pour l'exercice des droits naissant du traité."

Cf. D. Anzilotti, op. cit., p. 405.

liste "on emploie en général un language plus souple et modéré.", "l'opposition entre les deux théories n'a pas cessé d'exister. Le fait que monistes et dualistes se sont rapprochés n'implique nullement qu'il se sont réunis."(14)

Alors, étant donné l'importance de la querelle doctrinale qui oppose l'école moniste à l'école dualiste, nous proposons de jeter un peu de lumière sur les deux points de vue divergents.

Selon la thèse dualiste "aucun traité ne peut recevoir tel quel et directement exécution en droit interne, et il ne confère jamais de droits à des particuliers" (15), car, le droit international et le droit interne n'ayant ni les mêmes destinataires ni le même contenu, "il faut que le droit interne impose aux individus ce que le droit international impose aux Etats d'imposer aux individus" (16)

En fait les dualistes ne considèrent pas le traité international comme une source de droit interne, et dès lors n'admettent pas qu'il puisse être directement appliqué à l'égard des individus et ainsi leur créer des droits ou leur imposer des obligations. Ce point de vue se trouve, en effet, bien souligné par tous les chefs de l'école dualiste.

Etant d'avis que "le droit international public et le droit interne sont non seulement des parties, des branches du droit distinctes, mais aussi des systèmes juridiques distincts", et que "ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais" (17), Triepel

---

(14) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 290.

(15) Cf. Paul Reuter, Principes de droit international public, R.C.A.D.I., 1961/2 t. 103, p. 494.

(16) Cf. Rolando Quadri, op. cit., p. 299.

(17) Cf. C.H. Triepel, Les rapports entre le droit interne et le droit international, R.C.A.D.I., vol. I, 1923, p. 83.

4 — *L'attitude de la doctrine.*

On sait bien que le problème de la valeur de source du droit que les traités internationaux peuvent avoir dans le cadre de chacun des systèmes juridiques nationaux des parties contractantes relève théoriquement d'un autre problème plus radical, mais non moins controversé, à savoir le problème relatif à la nature des rapports qui existent entre les droits internes et le droit international, et que ce dernier problème a suscité des développements théoriques et doctrinaux très considérables, et que le débat sur cette question était à l'origine de la naissance de deux écoles très célèbres : l'école moniste et l'école dualiste.

Si certains auteurs trouvent que "le sentiment général, aujourd'hui, est que ce débat théorique est epuisé et que les historiens futurs de la doctrine du droit international le considéreront peut-être comme une des caractéristiques de la première moitié du XXème siècle"(11) et qu'il "serait donc aussi téméraire que superflu de vouloir reprendre une discussion quasi achevée" (12), nous trouvons au contraire "que ce débat est destiné à se prolonger même si ses termes doivent subir des changements essentiels et si certaines données autrefois controversées doivent être considérées comme acquises". (13) En fait s'il est vrai que "le débat entre monistes et dualistes a perdu ces derniers temps beaucoup de son acuité" et que certains "monistes ont accepté la technique dualiste", et que du côté dua-

---

(11) Cf. Max Sorensen, Principes de droit international public, R.C.A.D.I., 1960/3, t. 101, p. 109,

(12) Cf. Krystyna Marek, Les rapports entre le droit inernational et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la C. P.J.I., R.G.D.I.P., 1962, p. 261.

(13) Cf. Rolando Quadri, Cours général de droit international public, R.C.A D.I., 1964/3, t. 113, p. 280.

CHAPITRE I

LE PROBLÈME DANS LE CADRE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX

3 — *Position du problème.*

S'il ne fait aucun doute que l'individu se trouve toujours revêtu de la personnalité juridique dans le cadre de touts les systèmes juridiques étatiques contemporains, le problème se pose souvent de savoir "comment le Traité, acte juridique international, va-t-il produire des effets sur le plan interne à l'égard des individus?" (10), et si l'adoption des formalités spéciales d'ordre national se trouve toujours nécessaire afin que les juges nationaux puissent procéder à l'application des traités internationaux créant des droits en faveur des particuliers, ou leur imposant certaines obligations.

La solution de notre problème depend donc de la réponse que l'on se trouve en mesure de donner à la question que voici : le traité international est-il l'une des sources du droit interne de chacune des parties contractantes ?

Avant de préciser notre point de vue sur la réponse que l'on doit donner à la question précitée, nous croyons devoir passer d'abord en revue l'attitude de la doctrine, de la jurisprudence internatinale, et des differents systèmes juridiques nationaux à l'égard de notre problème afin de le rendre plus clair, et par conséquent apte a être resolu.

---

(10) Cf. Louis Cavaré, Le droit international public positif, Tome II, deuxième édition, Editions A. Pedone, Paris, 1962, p. 134.

b) L'individu est-il, ou non, l'un des sujets de droit du dit ordre juridique ?

La réponse à chacune de deux questions que nous nous avons posées étant, comme nous l'avons bien indiqué, du ressort de l'ordre juridique au sein duquel se pose la question, et ne devant forcément être la même dans le cadre de chacun des ordres juridiques précités, nous estimons que le problème doit être examiné successivement en fonction des données positives respectives des ordres juridiques nationaux, de l'ordre juridique international, et des ordres juridiques internes des organisations internationales.

Ainsi notre plan se trouve bien tracé. Dans un premier chapitre nous étudierons le problème dans le cadre des ordres juridiques nationaux; dans un deuxième chapitre le problème sera étudié dans le cadre de l'ordre juridique international, et le troisième chapitre sera consacré à l'étude du problème dans le cadre des ordres juridiques internes des organisations internationales.

A notre avis, aucune étude serieuse de notre sujet ne saurait être bien menée, à moins qu'elle ne soit entreprise à partir des données positives respectives de chacun des ordres juridiques nationaux, des ordres juridiques internes des organisations internationales et de l'ordre juridique international, l'existence autonome et distincte de chacun de ces ordres étant un fait que l'on ne saurait nier.

En effet, afin qu'un certain acte de volonté, ainsi que le traité international, puisse faire naître des droits subjectifs directs en faveur d'un certain être, tel l'individu, ou lui imposer directement des obligations il faut nécessairement que l'ordre juridique auquel appartient l'acte aussi bien que l'être, reconnaisse au premier la qualité de "source de droit" et au second "la personnalité juridique", c'est-à-dire la capacité d'être un sujet de droit.

Or, comme il n'y a aucun être qui se trouve revêtu, par sa nature même, de la personnalité juridique, et comme il n'existe non plus aucun acte de volonté ayant par soi-même la capacité de faire naître des droits ou des obligations, car c'est, en fait, à chaque ordre juridique que revient la compétence de déterminer ses sujets de droit, et les sources des règles lui appartenant, on ne saurait, à notre avis, bien répondre à la question qui fait l'objet de nos recherches (à savoir : Les traités internationaux font-il naître directement des droits ou des obligations à l'égard de particuliers ?), sans se poser préalablement, dans le cadre de chaque ordre juridique distinct, les deux questions préliminaires que voici :

a) Le traité international est-il, ou non, l'une des sources de droit reconnues par l'ordre juridique en question ?

Mais bien qu'ayant eu tous les deux le soin d'assurer la Commission que les dits projets d'articles «ont été redigés de façon à éviter, si possible, toute controverse théorique touchant la situation des personnes physiques et des personnes morales en droit international, et le point de savoir dans quelle mesure elles en sont des sujets directs». (8) et que dès lors la Commission n'était pas obligé à prendre position à ce sujet (9), la Commission a préferé, tout de même, comme nous l'avons d'ailleurs indiqué cidessus, de ne pas aborder un sujet aussi périlleux.

2 — *Comment étudier le problème ?*

Si la Commission du droit international a estimé, et non sans raison, que les règles relatives à l'application des traités internationaux créant des obligations ou des droits à l'égard des particuliers n'étaient pas assez mûres pour être codifiées, nous estimons, quant à nous, que la question, étant donné son importance aussi théorique que pratique, mérite quand même d'être soigneusement examinée, car c'est, à notre avis la rareté des études approfondies lui consacrées qui a retardé son mûrissement.

---

doivent être remplis ou exercés par des personnes physiques, des prsonnes morlaes ou des groupements de personnes physiques, ces obligations ou ces droits sont applicables aux personnes physiques, personnes morales, ou groupements en questions :—

a) par le truchement des Etats contractants au moyen de leur régime juridique interne.

b) par le truchement des procédures et organes internationaux intstitués à cet effect, le cas échéant, par le traité en question, ou par tous autres traités ou instruments en vigueur.".

Cf. Sir Humphrey Waldock, Troisième rapport sur le droit des traités, Document A/CN. 4/167 et add. 1 à 3, Annuaire de la Commission du droit international, 1964, vol. II.

(8) Cf. Sir Gerald Fitzmaurice, le quatrième rapport précité, No. 155, p. 79.

(9) Cf. Sir Humprey Waldock, le troisième rapport précité, Commentaire sur l'article 66, No. 1.

et pratique indiscutable qu'il présente, le problème des effets directs que les traités internationaux puissent produire à l'égard des particuliers n'a pas manqué d'attirer l'attention de deux des rapporteurs spéciaux de la Commission, et l'on trouve bien dans le quatrième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice(6), et dans le troisième rapport de Sir Humphrey Waldock (7), des projets d'articles visant la codification des règles relatives à notre sujet.

---

(6) Sous un Rubrique "b" intitulé "Effets des traités à l'égard des personnes physiques et des personnes morales à l'interieur de l'Etat", l'article 32 du projet d'articles presenté par Sir Gerald qui avait pour titre "Traités imposant des obligations à de personnes phisiques ou à des personnes morales", précisait que "lorsqu'un traité impose des obligations à titre individuel à des ressortissants des Etats contractants (y compris les personnes morales) ou bien interdit ou restreint certaines activités individuelles, les Etats contractants sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer que leur ressortissants — personnes physiques ou personnes morales — sont libres en vertu des lois internes applicables d'executer ces obligations et de se conformer à ces interdictions ou restrictions, ils doivent en outre faire en sorte dans la mesure du nécessaire que les dits ressortissants soient tenus par les lois internes de le faire."

D'autre part l'article 33 relatif aux traités bénéficiant à des personnes physiques ou des personnes morales", disposait que "(1) Sous réserve du paragraphe 2 ci-dessous, lorsqu'un traité confère des droits, intérêts, ou profits à des personnes physiques ou morales ou leur bénéficie de toute outre manière les Etats contractants ont le devoir de ne mettre aucun obstacle à la jouissance de ces droits, intérêts, profits et avantages par les personnes physiques ou morales en question, et à prendre toutes mesures nécessaires pour rendre ces droits, intérêts, profits, et avantages effectifs sur le plan interne (2) Les dispostions du paragraphe précédent ne portent pas atteinte au pouvoir discretionnaire de renonciation, de transaction, ou d'abandon qu'a tout Etat ou tout gouvernement touchant les droits, intérêts, profits et avantages conférés à ses ressortissants en vertu d'un traité auquel il est partie. Les personnes physiques et les personnes morales peuvent elles aussi en ce qui les concerne exercer un droit de renonciation, de transaction, ou d'abandon touchant les drois, intérêts, profits ou avantages qui leur sont réservés ou qui leur reviennent directement ou indirectement en vertu d'un traité Toutefois, si elles le font, leur Etat ou leur gouvernement ne perd pas le droit, en tant que partie au traité, de reclamer ou d'exiger l'exécution intégrale du traité."

Cf. Sir Gerald Fitzmaurice, Quatrième rapport sur le droit des traités, Document A/CN. 4/120, Annuaire de la Commission du droit international, 1959, vol. II, pp. 50 et s.

(7) L'article 66 du projet d'articles presenté à la Commission du droit international par Sir Humphrey . Waldock fut intitulé : "Application des traités aux individus", et précisait que "lorsqu'un traité crée des obligations ou des droits qui

Malgré son importance aussi théorique que pratique, le problème reste malheureusement peu exploré, et l'on ne trouve guère des études approfondies lui consacrées (3).

Même la Commission du droit international — aussi compétente qu'elle soit — n'avait pas l'audace de traiter au fond un sujet si périlleux. Dans son rapport sur les travaux de sa dix-huitième session (4 mai — 19 juillet 1966), par lequel son projet d'articles sur le droit des traités fut presenté à l'Assemblée générale des Nations Unies, la Commission avait le soin de souligner que « le projet ne comporte aucune disposition concernant l'application des traités créant des obligations à la charge de particuliers ou des droits en leur faveur». (4) et de rappeller ce qu'elle a déjà précisé dans son rapport sur les travaux de sa seizième session, à savoir qu'elle avait «examiné la question de l'application des traités créant des obligations ou des droits à l'égard des particuliers», et que «certains membres de la Commission souhaitaient voir figurer dans le présent projet d'articles une disposition à ce sujet, mais d'autres estimaient qu'une telle disposition dépasserait la portée actuelle du droit des traités, et devant cette divergence d'opinions, le rapporteur spécial a retiré cette proposition»(5). En fait, compte tenu de l'intérêt théorique

---

(3) La seule étude approfondie consacrée à notre sujet remonte à l'avant-guerre. C'est un article dû au feu professeur Marcel Sibert, que fut publié aux Mélanges Mahaim sous le titre: "De l'effet des traités vis-à-vis des individus."(Cf. Les mélanges offerts à Ernest Mahaim, tome II, Sirey, Paris, 1935, pp. 332 — 340).

Cf. aussi les dix pages précieuses écrites par Charles Rousseau dans son ouvrage monumental intitulé: Principes généraux du droit international public, Tome I, Editions A. Pedone, Paris, 1944, pp. 429 — 439.

(4) Cf. le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session (4 mai — 19 juillet 1966), Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, No. 33.

(5) Cf. le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa seizième session (11 mai — 24 juillet 1964), Document A/5809, Annuaire de la Commission du droit internaional, 1964, vol. II, No. 22, p. 184.

DE L'EFFET DES TRAITES VIS-A-VIS DES PARTICULIERS

Par

MOHAMED SAMI ABD EL-HAMID

Professeur — Adjoint de Droit International Public
à la Faculté de Droit d'Alexandrie

INTRODUCTION

1. *La Commission du droit international et la question de l'application des traités créant des obligations à la charge de particuliers ou des droits en leur faveur.*

S'il est bien admis, dans la pratique la doctrine et la jurisprudence internationales, que «tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi», (1) et qu'en principe un tel acte juridique international «ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement» (2), la question se pose souvent de savoir si, et dans quelle mesure, les traités internationaux peuvent faire naître des droits directs en faveur des particuliers.

---

(1) Cf. L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cf. aussi l'article 23 du projet d'articles sur le droit des traités préparé par la Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session (Genève, 4 Mai — 19 Juillet 1966), Documents officiels de l'Assemblée générale, Vingt et unième session, Supplément No. 9, (A/6309/ Rev. 1), p. 14.

(2) Cf. l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités Cf. aussi l'article 30 du projet précité, op. cit., p. 15.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD EL-MOUTAAL*
Directeur de la Rédaction : *Dr. MOSTAFA K. TAHA*

16ème ANNÉE, 1974
No. 1

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE
1974



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XVI
1974 — No.1